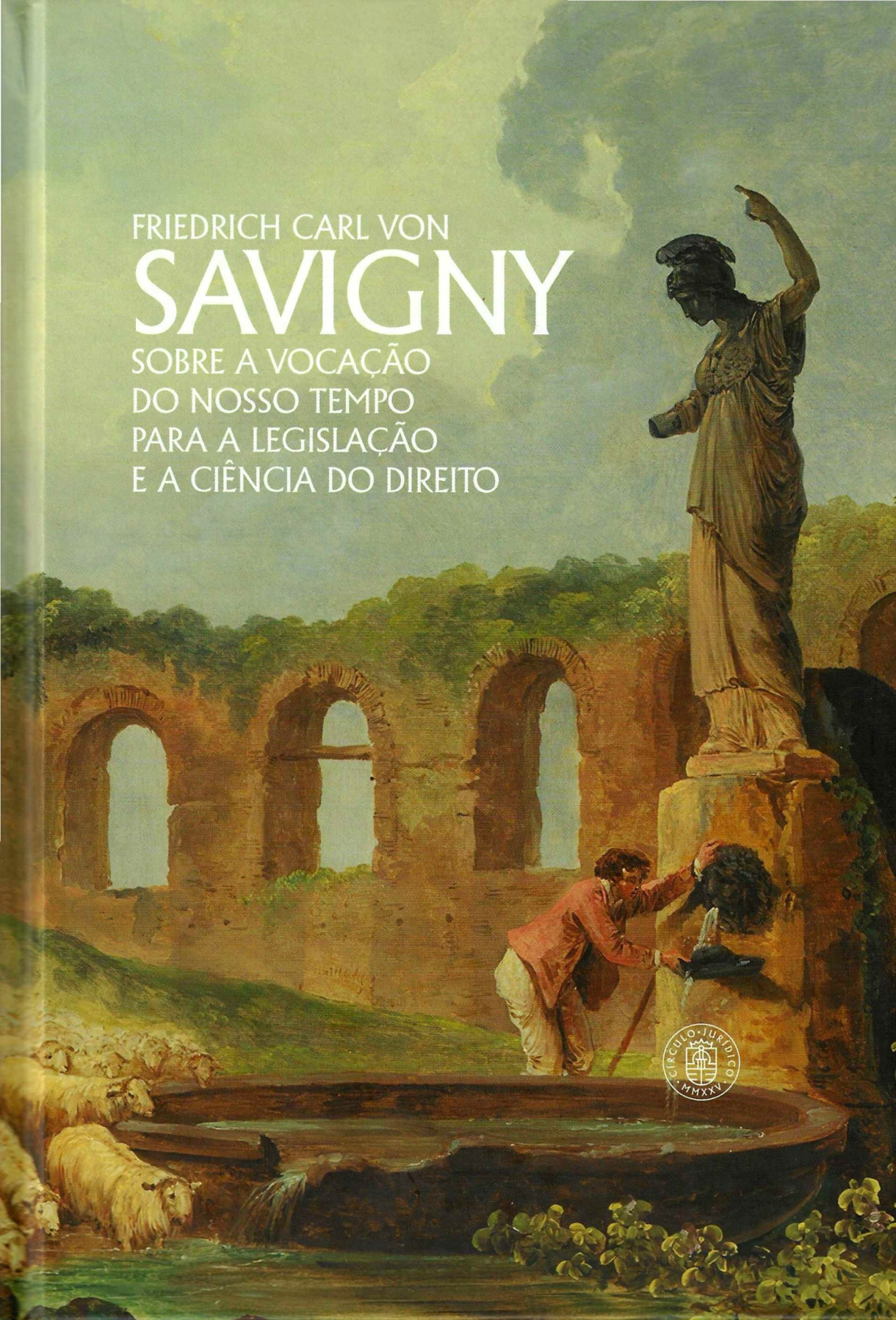
FRIEDRICH CARL VON

SAVIGNY

SOBRE A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A LEGISLAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO



SOBRE A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A LEGISLAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO

CÍRCULO
JURÍDICO
MMXXV

CÍRCULO JURÍDICO
Av. do Arvoredo, 121, Casa 6, Santa Cruz
Gravataí - RS - 94170-314
ocirculojuridico.com.br

SOBRE A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A LEGISLAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO

© Copyright 2026 Círculo Jurídico.
Todos os direitos reservados ao Círculo Jurídico.

TRADUÇÃO DO ALEMÃO
Jürgen Volker Dittberner
Luiz Mauricio Timm dos Reis
TRADUÇÃO DO FRANCÊS Augusto Fleck
EDIÇÃO E NOTAS Henriete Karam
APRESENTAÇÃO Pedro da Silva Moreira
REVISÃO Gabriel Shaf
REVISÃO DE PROVA Ian Massing
IMPRESSÃO Gráfica Coan

CÍRCULO JURÍDICO
DIREÇÃO Lorenzo Fioreze
EDITOR-CHEFE Augusto Fleck
COORDENAÇÃO Matheus Araújo
ASSISTENTE EDITORIAL Gabriel Santana
DIAGRAMAÇÃO Ticiane Pietro
PROJETO GRÁFICO
Felipe Turcheti, Lucas Grabriel Goes de Macedo, Samira Souza e Vicente Pessôa

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)**

Savigny, Friedrich Carl von, 1779-1861
Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do Direito / Friedrich Carl von Savigny. -- Gravataí, RS : Círculo Jurídico, 2025.

320 p.

ISBN 978-65-978724-0-4

1. Direito civil 2. Direito civil - Legislação I. Título.

25-326646.0 CDU-347

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO
1. Direito civil 347

BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL:
Eliane de Freitas Leite - CRB 8/8415

F. C. Dr DE SAVIGNY

SUMÁRIO

Nota do editor 7

Apresentação 9

SOBRE A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A LEGISLAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO

Prefácio da 2.ª edição 27

1. Introdução 37

2. Origem do direito positivo 47

3. Leis e livros jurídicos 57

4. Direito Romano 71

5. O direito civil na Alemanha 83

6. Nossa vocação para a legislação 93

7. Os três novos códigos 103

8. O que devemos fazer quando não há códigos 173

9. O que deve ser feito nos códigos existentes 201

10. O elemento comum 221

11. Proposta de Thibaut 227

12. Fim 235

APÊNDICE I — Posicionamentos a favor e contra novos códigos legais, por Savigny 239

APÊNDICE II — Análise das observações dos Tribunais de Apelação e do Tribunal de Cassação sobre o projeto de Código Civil, por Crussaire 307

NOTA DO EDITOR

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) foi um dos mais influentes juristas alemães do século XIX e figura central da chamada Escola Histórica do Direito. Sua relevância para a teoria do direito decorre, sobretudo, da crítica ao racionalismo abstrato aplicado à criação legislativa e da defesa de que o direito se forma historicamente, enraizado na vida social e cultural de um povo. Para a hermenêutica jurídica, Savigny é um marco porque articula a interpretação como atividade metódica e historicamente situada: compreender uma norma não é apenas extrair um sentido "literal", mas reconstruir o seu significado no conjunto do sistema jurídico e no horizonte histórico que a produziu.

A obra *Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do direito* nasce em um contexto de intensos debates sobre a unificação e a codificação do direito nos territórios germânicos. No início do século XIX, ganhava força a ideia de que a modernização do Estado exigia códigos abrangentes e uniformes, elaborados de modo racional e centralizado. É nesse cenário que Savigny intervém, reagindo às propostas de codificação imediata e sustentando que uma legislação eficaz não pode ignorar o desenvolvimento orgânico das instituições e da cultura jurídica, sob pena de produzir normas desconectadas da realidade social.

No plano do conteúdo, a obra discute, de modo incisivo, a relação entre legislação e ciência do direito. Savigny argumenta que o direito não se reduz ao texto legislativo: ele emerge de práticas, costumes, tra-

dições e conceitos sedimentados, que a ciência jurídica deve estudar, organizar e aprimorar. Por isso, a tarefa do jurista não é meramente aplicar comandos normativos, mas participar de uma construção intelectual que sistematiza o direito e dá coerência às soluções jurídicas. A legislação, nessa perspectiva, deve ser o ápice de um processo histórico e científico, e não um gesto fundacional que pretenda criar, por decreto, toda a ordem jurídica.

A atualidade da obra se revela em debates contemporâneos sobre ativismo legislativo, inflação normativa, reformas apressadas e importação de modelos estrangeiros sem adequada adaptação institucional. Em tempos de mudanças tecnológicas e sociais aceleradas, a advertência savignyana contra "engenharias jurídicas" desvinculadas do tecido histórico e cultural permanece pertinente. Além disso, sua ênfase na interpretação sistemática e na historicidade do direito dialoga com problemas reais da hermenêutica atual: a tensão entre segurança jurídica e mutação interpretativa, a necessidade de coerência argumentativa e o papel das tradições interpretativas na construção do sentido das normas.

Ler Savigny é, portanto, um convite para refletir com rigor sobre como o direito se forma, se transforma e se legitima. A obra desafia o leitor a pensar além do imediatismo das soluções prontas, mostrando que a qualidade da legislação depende da maturidade das instituições e da solidez da ciência jurídica. Como texto fundador e provocativo, *Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do direito* oferece instrumentos intelectuais valiosos a estudantes, pesquisadores e profissionais: não apenas para compreender um clássico debate, mas para qualificar, hoje, a maneira como legislamos, interpretamos e justificamos o direito.

Desejamos uma proveitosa leitura!

EDITORIAL CÍRCULO JURÍDICO

APRESENTAÇÃO

1. Um Savigny político e a metodologia do Direito no Brasil

A obra de Savigny é bastante citada e discutida entre os juristas brasileiros, especialmente entre aqueles familiarizados com os fundamentos do direito privado; ou, ainda, entre aqueles que se põem a investigar a metodologia da ciência do direito. A verdade, porém, é que Savigny deveria interessar a qualquer estudioso do Direito, inclusive — e talvez até principalmente, nos dias atuais — aos que se dedicam ao direito público e, em particular, ao direito constitucional. "Savigny era um político", diz Franz Wieacker (1993, p. 439), referindo-se à conexão entre os seus interesses intelectuais, às suas inquietações mais íntimas e, ainda, às suas inclinações morais. *Ser* um político, nesse sentido, não consiste simplesmente em ter uma posição ordinária ou mesmo uma ideologia, algo estranho e demasiadamente moderno para alguém como Savigny. *Ser* um político, aqui, é ter consciência da integralidade de determinada experiência, como a experiência jurídica, colocando-se diante dela de maneira também integral.

Savigny não está preocupado com a ciência do Direito apenas por estar preocupado com a ciência do Direito. Savigny está preocupado com a ciência do Direito porque está preocupado com a ciência, com o

Direito e com a Alemanha. A obra que temos em mãos é um exemplo muito claro disso. Em certo sentido, ela herda algo da filosofia política clássica; isto é, ela herda precisamente essa compreensão de que, quando estamos tratando das coisas humanas, das coisas do espírito, é muito difícil trabalhar em compartimentos. Em geral, os comentadores desta obra a definem como uma contenda entre Savigny e Thibaut sobre o tema da codificação. Savigny, um cético; Thibaut, um entusiasta. Isso é verdade. Todavia, e para além disso, Savigny é um crítico da codificação não apenas por razões científico-metodológicas, mas porque, em essência, ele entende que não seria algo bom para a Alemanha (naquele momento e naquele tempo). A inquietação de fundo, portanto, não é exatamente "científica". Ela é político-normativa.

Hoje e entre nós, parece-me escassa a consciência de que, ao desenharmos ou sustentarmos uma proposta metodológica para o Direito, estamos, no fundo e em alguma medida, contribuindo para preservar ou modificar o regime político. A defesa de uma postura hermenêutica ou, mais modestamente, uma descrição sobre aquilo que fazemos ao interpretar e aplicar o Direito não correspondem simplesmente a uma postura teórica isolada de toda consideração normativa. A descrição do que é o Direito e para que ele funciona é, em certo sentido, uma descrição sobre como o Direito *deve ser* e para que ele *deve* funcionar. O Direito é uma prática social (Lima Lopes, 2021, p. 131–135). E as práticas sociais, como nos alerta John Finnis (2011, p. 3–4) ao tratar de metodologia, envolvem necessariamente esse componente normativo, isto é, algum exame substantivo sobre a importância, o valor e o propósito dessas práticas. Por isso, um projeto de codificação — ou a proposta de um novo código — nunca é predominantemente uma questão de teoria jurídica.

É que, a rigor, e dentro do contexto metodológico de Savigny e daqueles que, mesmo distantes de Savigny, compreendem o Direito como uma prática social complexa, uma questão teoricamente jurídica nunca é simplesmente uma questão teoricamente jurídica. Primeiro, a teoria, mesmo que descreva algo, conserva sempre um componente normativo. Segundo, as implicações daquilo que tentamos explicar por meio da teoria jurídica vão sempre além do campo propriamente jurídico, pois

guardam referência com os assuntos da vida em comunidade. Mesmo as questões aparentemente internas ao Direito, como as procedimentais e que lidam com aspectos formais de competência, conectam-se, ao fim e ao cabo, com o modo como nos governamos, isto é, com o modo como governamos e resolvemos os nossos conflitos. Terceiro, e talvez mais importante, a própria teoria jurídica, não apenas sobre a dogmática especializada (direito contratual, direito obrigacional, direito empresarial, direito penal, direito processual etc.), mas a teoria sobre o próprio Direito, pressupõe certa ideia de regime, certo ideal de como uma comunidade política deve governar a si mesma.

Um exemplo brasileiro e contemporâneo talvez ajude a compreender a importância do que pretendo ressaltar. Aqui, passamos anos debatendo a incorporação de um "sistema de precedentes". Há, sobre isso, incontáveis textos, disputas e polêmicas. A verdade, no entanto, é que, se pretendíamos introduzir em nossas práticas algum modelo de vinculação a precedentes, deveriam ter nos preocupado uma série de outras questões como: a nossa história institucional; a cultura jurídico-interpretativa dominante; a compreensão que, até então, possuíamos sobre a ideia de seguir um precedente; o grau de vinculação dos nossos juízes à lei, para que indagássemos, em suma, de onde viriam os males para os quais os precedentes são apresentados como solução; entre tantos e tantos outros elementos.

Contudo, estamos próximos a alcançar dez anos da entrada em vigor de nosso atual Código de Processo Civil, e a impressão que tenho é de que não sabemos nem mesmo o que é e para que serve um precedente. Não sabemos de maneira *compartilhada*, que é o que realmente importa quando tratamos de uma prática social como o Direito. No final das contas, a discussão sobre os precedentes não é sequer prioritariamente teórica, mas político-institucional. Quando modificamos uma engrenagem como essa, devemos ter consciência de que, ao menos potencialmente, estamos modificando o regime político, estamos alterando alguma coisa no equilíbrio (mesmo que precário) existente entre as forças de poder que produzem e aplicam o Direito.

A meu juízo, e vistas as coisas com certa distância, talvez tenhamos cometido uma imprudência. Pergunto, tardiamente: como pre-

tendíamos aumentar nossa segurança jurídica por meio de um sistema de precedentes em uma cultura jurídica conscientemente "neoconstitucionalista", isto é, em uma cultura jurídica completamente dominada por uma visão pouco formal do Direito e da aplicação do Direito? Não deveríamos ter desconfiado que, em muitos casos, os próprios autores "neoconstitucionalistas", arrependidos ou não, demandavam agora obediência ao que passavam a chamar de "precedente"? Ademais, modelos de precedentes costumam funcionar em culturas jurídicas com arraigada deferência à dimensão de autoridade do Direito (a autoridade do legislador, dos tribunais, a autoridade dos próprios precedentes). Era esse o nosso caso? Estávamos culturalmente preparados?

Como essa é a pergunta fundamental de Savigny acerca da codificação prescrita por Thibaut, é possível que tenham nos faltado juristas como Savigny — um "político". Não se trata apenas de que deveríamos ter sido cautelosos. Trata-se, antes, de que deveríamos ter sido *integrais*. Os processualistas estavam cuidando do tema, acreditando que se tratava, quem sabe predominantemente, de uma questão com repercussões no processo e na jurisdição.[1] Os historiadores do Direito estavam fazendo alguma outra coisa, quiçá rigorosamente histórica. Os constitucionalistas tratavam de hermenêutica e interpretação pensando que o faziam científica e descritivamente, quando, no fundo, estavam cuidando dos assuntos do poder. Penso que estivemos (todos nós) trabalhando isoladamente, cada um em sua zona de especialidade, tangenciando espaços que sabíamos mais profundos, mas evitando enfrentá-los, talvez porque realmente não pudéssemos dar conta de todo o problema. A especialização é um traço contemporâneo que, embora possa ser útil, é enganoso para lidar com algo como o Direito, que demanda um tipo mais complexo de compreensão.

1. Na verdade, há diversos trabalhos no campo do processo civil que buscam uma incursão profunda na tradição dos precedentes do *Common Law* clássico, por exemplo. Havia, portanto, uma busca e um trabalho acadêmico para além das questões de processo e jurisdição. O que talvez tenha nos faltado (e nos falte) seja uma consideração à cultura jurídica brasileira, à nossa história institucional; e, ainda, certamente nos faltou (porque sempre falta) diálogo genuíno entre âmbitos diferentes, com crítica aberta e interação entre campos.

Creio que, no fundo, a leitura de Savigny é uma espécie de antídoto contra esse impulso de ação com pouca compreensão. Enxergamos o problema jurídico e social — a insegurança jurídica, a incerteza interpretativa, a instabilidade decisória —, sabemos algo de *teórico* sobre ele e, desconsiderando a integralidade das suas características e a essência da sua natureza, cedemos a esse impulso por uma mudança determinada. Não é por coincidência que estamos, neste exato momento, às voltas com uma proposta de nova codificação para o direito civil ("onde estaria o nosso Savigny?", caberia, jocosamente, indagar). Às vezes é preciso mudar. Porém, e em consideração à resistência de juristas que conhecem bem o passado e a tradição do direito privado, talvez essa mudança, em período tão curto de tempo, seja mais uma imprudência, mais uma forma de danificar o tecido já tão deteriorado do direito brasileiro.

As advertências que Savigny endereça (em 1814) ao entusiasmo pela codificação na Alemanha têm caráter similar ao que, um século depois (em 1929), Ortega y Gasset dirigiria aos nossos tempos: um período marcado pelo esvaziamento da história, por pessoas sem entranhas com o passado, como se o mundo fosse ou pudesse ser um "paraíso sem pegadas antigas, sem problemas tradicionais e complexos" (2016, p. 121). A técnica, para o mesmo Ortega, pode ser um instrumento de simplificação e barbarismo, capaz de nos conduzir a uma atitude preocupante: a de, ao conhecermos muito bem o nosso pedaço mínimo do universo, ignorarmos "todo o resto radicalmente" (2016, p. 190). É contra essa ignorância acerca de "todo o resto" que, também radicalmente, volta-se Savigny. No Brasil, creio que é uma boa hora para revisitá-lo.

2. A contenda específica sobre a codificação: a busca por ordem e unidade

Com efeito, e conforme já salientado, a presente obra se situa no escopo da disputa — que é uma das mais importantes para o pensamento jurídico moderno — entre Savigny e Thibaut, que gozava de grande prestígio na época e tinha um entusiasmo peculiar (classificado, às vezes, como "patriótico") pela racionalidade que a codificação poderia trazer para o direito alemão e, assim, para o povo alemão. Thibaut confiava na cla-

reza e precisão das regras que um código poderia reunir, eliminando a pluralidade de pequenas ordens, excessivamente locais, que impediam a unificação da Alemanha.[2] Segundo anota Bobbio (2006, p. 57–58), Thibaut, antes mesmo de defender com maior rigor a codificação, já havia redigido um escrito polêmico sobre uma Alemanha paralisada, com comunidades dispersas, oprimidas e separadas umas das outras. E atribuía isso a um "labirinto de costumes heterogêneos", ressaltando, já neste momento, os êxitos do código francês, do código prussiano e do código austríaco (neste livro, cuidadosamente examinados por Savigny).

E, de fato, em *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814), Thibaut usa como ponto de partida esse polêmico e anterior escrito para, agora sim, sistematizar um pouco melhor o seu pensamento e, invocando a urgência que os acontecimentos exigiriam, defender com mais vigor o projeto codificador. O seu entusiasmo é realmente explícito e, ainda que tenha inspiração racional-iluminista, parece imbuído por alguma espécie de fé e caracterizado pelo sentimento e intuição próprios do romantismo alemão. Três fragmentos[3] contundentes ilustram com bastante adequação a convicção racional-passional (um aparente oxímoro) de Thibaut:

> *cumpre incutir em todo patriota o desejo de adotar um código simples, obra de nossos próprios esforços e de nossa própria atividade*, que venha a constituir o fundamento sobre o qual se assente, de modo adequado e seguro, a nossa situação civil, em consonância com as necessidades do povo, bem como de promover uma união patriótica de todos os governos alemães, capaz de assegurar a todo o Reich

2. A unificação da Alemanha, com o desenvolvimento de um Estado centralizado, burocrático e territorial, consolidar-se-ia mais tardiamente, já ao final do século XIX (oficialmente, em 1871). O célebre BGB entraria em vigor somente em 1º de janeiro de 1900. Portanto, também o processo de codificação alemão (ainda que, em alguns dos *Länder*, houvesse codificação própria ou mesmo como extensão, por exemplo, do código francês) foi tardio e guardou, por todo o processo de maturação e de influências recebidas, diferenças significativas em relação, por exemplo, ao Código Napoleônico, de 1804. Sobre esse processo, e sobre o elemento comparativo, ver Martins-Costa, 1999.

3. Traduzo-os livremente da edição em espanhol indicada nas Referências.

os benefícios de um ordenamento civil comum e duradouro" (Thibaut, 2015, p. 20, grifei);

Em contrapartida, se um código nacional vigoroso fosse patrimônio de todos, se estivesse redigido por estadistas e sábios de reconhecida reputação, após uma análise amadurecida e a consulta à opinião pública, e se os seus fundamentos fossem tornados de conhecimento geral por meio da necessária publicidade, então a verdadeira ciência do Direito — isto é, a ciência filosófica do Direito — poderia mover-se com facilidade e liberdade, e *cada qual teria a oportunidade e a esperança de colaborar no ulterior aperfeiçoamento dessa grande obra nacional* (Thibaut, 2015, p. 21, grifei);

Se considerarmos agora a felicidade do cidadão, não pode haver dúvida alguma de que um código simples dessa natureza, válido para toda a Alemanha, *merece ser chamado o mais belo presente do céu*. A mera unidade já seria inestimável. Ainda que seja necessária uma separação política — porque assim deve ser —, os alemães têm interesse em que um sentimento fraterno de igualdade os una para sempre e em que jamais uma potência estrangeira volte a abusar de uma parte da Alemanha contra as demais. Ora, leis iguais criam usos e costumes iguais, e essa igualdade sempre exerceu uma influência fascinadora sobre o amor e a lealdade dos povos" (Thibaut, 2015, p. 25, grifei).

Como é possível constatar, não é exagero algum afirmar que Thibaut estava absorvido por uma espécie de paixão racionalista, uma paixão, por dizê-lo assim, pela "ideia" do Código.[4] Ele aderia aos preceitos iluministas e rejeitava a tradição local (ou as tradições locais, pulveriza-

4. É importante ressalvar que Thibaut era um jurista (e um músico) também influente. Savigny se tornou muito mais importante e a sua escola (a Escola Histórica), muito mais duradoura, especialmente para o desenvolvimento da ciência do direito do século XIX. O fato é que Thibaut não era apenas o jurista do "manifesto" pela codificação. Ele possuía escritos que o conectavam com o direito natural clássico, embora já influenciado pelo pensamento de Kant, o que o leva a posicionar o direito natural no campo da fundamentação, isto é, no campo filosófico, reservando ao direito positivo a sua atenção jurídica. Para compreender minimamente as posições de Thibaut, ver Losano (2008, p. 310–315).

das pela Alemanha), que, para ele, nada tinha de organicidade, mas de imposição praticada pelos mais variados príncipes. Isso, para Thibaut, é que não era natural. Os códigos, por sua vez e segundo ele, em afirmação típica do jusnaturalismo moderno, conservavam a pretensão universalista de espelhar a natureza humana. E essa era uma pretensão natural, não artificial. O escrito incisivo de Thibaut termina com uma advertência contra a tradição: "não exageremos na veneração ao tradicional!" (2015, p. 38). E, ainda, com uma série de provocações, que se repetem por todo o texto, aos doutos e eruditos que serviriam de obstáculo à grande obra que os estadistas alemães tinham a chance de edificar. Esse espírito lembra-me muito a ácida crítica de Bentham, em favor de seu projeto de codificação racional, ao *Common Law*, ao que, para ele, era o Direito guardado em segredo por uma espécie de *Judge & Co.*

Pois bem, era natural que Savigny reagisse a esse escrito (e o fez no mesmo ano de 1814, com a obra que, em nossa língua e em excelente edição, agora temos a oportunidade de apreciar). Não é que Savigny estivesse completamente em oposição ao diagnóstico de Thibaut. Na verdade, ele considerava que havia na Alemanha, de fato, demasiada desconcentração de unidades jurídicas autônomas. Certamente, mas não exclusivamente, em razão do pluralismo estrutural do *ius commune*, decorrente da convivência e da articulação de múltiplas fontes jurídicas ao longo de todo o período pré-moderno, anterior à consolidação dos Estados nacionais. Trata-se de um pluralismo que, segundo Paolo Grossi (2014, p. 285), é dotado de certa elasticidade e tende ao particularismo local, contrastando com o monismo jurídico estatal moderno, típico do fenômeno da codificação e do Estado-nação.

Essa observação de Grossi pode ser amplificada para uma caracterização geral do direito pré-moderno. Todavia, e conforme nos ensina Paolo Becchi (2009, p. 195), a situação jurídica dos territórios alemães, precisamente no contexto da contenda entre Savigny e Thibaut, era de uma fragmentação ainda mais acentuada. O direito privado estava dividido em duas partes principais: de um lado, um mosaico de sistemas particulares e territoriais; de outro, o Direito Romano, a que muitas vezes recorriam os tribunais de maneira suplementar ou subsidiária. Quando a polêmica acerca da codificação se acirrou, havia territórios em que vi-

gorava o código prussiano; em outros, o código austríaco; e, em alguns territórios, o código francês. E todos esses códigos modernos coexistiam não só com o Direito Romano, mas também com direitos particulares, privilégios estamentais, às vezes consolidados em documentos escritos. Era essa realidade que animava o entusiasmo codificador.

O problema é que Savigny considerava que a cultura jurídica alemã estava demasiadamente deteriorada para receber uma obra codificadora. E, por isso, seria necessário desenvolver, antes, uma cultura jurídica viva, apropriada à situação histórica da Alemanha. Nesta obra, Savigny alerta para o fato de que um código tem de encontrar juristas preparados para interpretá-lo, posicioná-lo no interior de uma tradição, de modo que as leis não se tornem um emaranhado sujeito à aplicação mais ou menos arbitrária. A ciência jurídica, para ele, deveria ser capaz de dar a esse conjunto de leis um sistema, uma racionalidade. Mais ainda: essa racionalidade não deveria ser aplicada apenas ao estudo das leis, mas, antes, ao estudo, preservação e sistematização desse Direito Romano disperso e, em certo sentido, já corrompido. A heterogeneidade deveria ser unificada pela ciência do direito (Becchi, 2009, p. 196). É por isso que Savigny arremata com uma observação que, em minha opinião, tem realmente o sentido de uma advertência de alcance universal: é possível que, naquele estágio da ciência jurídica alemã (e ele se referia, evidentemente, ao início do século XIX), a codificação não trouxesse nenhuma estabilidade.

Thibaut buscava estabilidade. Savigny também. A diferença é que, para Savigny, não se pode atribuir a um código a capacidade de operar uma espécie de milagre sobre a comunidade que irá manejá-lo. Se essa comunidade (a comunidade de juristas) não está cultural e espiritualmente preparada para vincular os institutos jurídicos aos comandos normativos oriundos dos códigos, relacionando tudo isso à vida orgânica de determinado povo, então seria melhor, antes de tudo, prepará-la. Nesse sentido, em vez de um código imediato, pensado em abstrato e, de certo modo, "imposto", Savigny prefere a organização progressiva da ciência do direito. Segundo ele, os defensores da codificação estariam exclusivamente concentrados nas fontes (eles veriam nelas, na sua diversidade, o mal). Para Savigny, o "mal" estaria em "nós mesmos", isto é, nos próprios juristas.

O paralelo com a situação dos nossos códigos contemporâneos me parece interessante. Na primeira parte deste pequeno escrito introdutório, fiz menção ao problema do atual Código de Processo Civil brasileiro e, com maior brevidade, ao debate sobre a necessidade de um novo Código Civil. No primeiro caso, buscava-se ordem e estabilidade. O caos das fontes na Alemanha de Savigny e Thibaut talvez fosse maior. Mas aqui também se buscava uniformidade, ordem e previsibilidade. Em minha opinião, não só não alcançamos isso, como talvez tenhamos piorado as coisas. Agora, acentuou-se o problema da legitimidade, porque o poder dos juízes, por inúmeras razões, aumentou em demasia. O "mal", segundo penso, realmente estava em "nós mesmos", na cultura jurídica que partilhávamos quando decidimos introduzir um novo modelo de vinculação às decisões judiciais. O segundo caso, o do novo Código Civil, tem a ver com o problema da abstração, ao qual dedico, para finalizar, mais algumas linhas.

3. O método histórico e o problema das ideias abstratas

Franz Wieacker (1993, p. 419) sublinha que a escola fundada por Savigny, a Escola Histórica, tinha como objetivo a "reconstituição de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e sistemática". Savigny se afastava do direito natural na medida em que entendia que o objeto do jurista era, de fato, o direito positivo. Todavia, ele também se afastava da legislação racional do iluminismo, demasiadamente abstrata e desenraizada, isto é, intencionalmente desconectada de qualquer vínculo com o passado, com a tradição e com o próprio povo (o destinatário do direito legislado). O método histórico consiste, pois, na reconstrução de uma ciência filosófico-sistemática do direito positivo (Wieacker, 1993, p. 423).

Há, claro, algo de moderno (e, nesse sentido, liberal) no pensamento de Savigny. Também influenciado por Kant, ele não via o Direito como um instrumento para a determinação ética da natureza humana (aqui está o espaço da autonomia individual), tampouco como meio para a instituição de políticas sociais e econômicas. O Direito, nessa linha, tem um domínio autônomo e limitado, destinado a ordenar a comunidade. A questão é que (1) essa ordem não é abstratamente construída pela suposta sabedoria e racionalidade do legislador; e, sendo assim, (2) essa

ordem surge organicamente do "espírito do povo", sendo uma espécie de ordem concreta que deve ser — pelos juristas — compreendida, sistematizada e *partilhada*.

Isso faz com que Savigny tenha de enfrentar, ao menos, duas polêmicas principais. A primeira tem a ver com eventual romantização da história (especialmente do Direito Romano), como se o passado tivesse uma espécie de precedência sobre o presente e também sobre o futuro. A segunda, e talvez a principal, guarda relação com essa noção controvertida de "espírito do povo", como se se tratasse, no fundo e aqui sim, de uma abstração mítica. Quem seria o jurista para definir o que é o "espírito do povo"? Não teria o legislador uma autoridade maior para estabelecer em que consistiria esse espírito, se é que ele [o espírito] deve, realmente, guiar o estudo e a aplicação do Direito? Ademais, não estamos, ao confiar em demasia nessa capacidade do jurista de interpretar esse espírito, de extraí-lo da experiência humana, dando razão a Thibaut, convertendo o Direito em um segredo guardado por uma elite de doutos e togados?

Mais tarde, em publicação célebre de 1872, Ihering endossaria diversas críticas à concepção do Direito de Savigny. Quanto ao surgimento orgânico do Direito, ele entende que se trata de uma visão que conduz à inércia, convidando o homem a "aguardar confiante aquilo que o manancial do direito, a consciência jurídica nacional, trará, pouco a pouco, à luz do dia" (2004, p. 33). E vai além, aumentando a caricatura, aduzindo que, em Savigny, há uma concepção nitidamente romântica, "fundada na falsa idealização de circunstâncias passadas", que imagina a formação do Direito como uma "erva no campo", como um "processo sem dor, espontâneo, sem qualquer esforço". (2004, p. 34). A defesa do Direito, para Ihering, exige coragem e firmeza moral não só de quem detém um direito (subjetivo), mas do jurista que estuda e sabe o valor da preservação do Direito (objetivo). E nisso seria preciso evitar a "política da covardia" (2004, p. 55).

Em relação à acusação de romantização do passado, Savigny a enfrenta (penso que de modo satisfatório) já no prólogo de *Sistema de direito romano atual*, obra monumental, originalmente publicada na metade do século XIX. A consciência do passado, pretendida pela es-

cola histórica, não significa que a forma antiga, especialmente derivada do Direito Romano, seja absoluta e imutável. O objetivo do método histórico é tornar mais claro o "laço vivo que liga o presente ao passado" (Savigny, 1878, p. 4). Nesse sentido — seja para afirmar que o Direito Romano em nada se aplica, em certos âmbitos, aos modernos ordenamentos jurídicos, seja para afirmar a sua vital utilidade —, o método histórico pretende situar o jurista no contexto de uma tradição, uma tradição que possui uma continuidade e, assim, é capaz de preencher, com inteligência, o sentido e a racionalidade de inúmeros institutos jurídicos ainda presentes em tempos modernos.

O matrimônio, por exemplo, pode ter a sua inteligibilidade, como instituto jurídico, comprometida por um ceticismo quiçá exacerbado na sua função de ordenação político-social. Em tempos contemporâneos, talvez resulte ininteligível perceber o papel do matrimônio para além da afeição e da individualidade (do contrato entre dois indivíduos). Mas isso não significa conhecer o Direito (e certamente, em minha opinião, significa desconhecer completamente a ideia de matrimônio). Na verdade, trata-se de uma postura que observa o direito positivo com determinada lente do presente, ignorando, entre outros aspectos, a história político-social da comunidade em relação ao instituto em questão, porque é a comunidade quem convive com o instituto. É ela quem *vive* o instituto. Diz o próprio Savigny: "este amor exclusivo pela novidade conduziu mais de um autor a encerrar-se em um estreito círculo de ideias e doutrinas, impedindo-lhe que contemplasse a ciência em seu conjunto" (1878, p. 7).

Creio que a observação de Savigny é bastante lúcida e pouco tem de romântica. Além disso, ela alia a teoria à prática, porque convida o jurista (o cientista do direito) a deitar o olhar atentamente sobre a prática. O *jusfilósofo* ou *justeórico* não examina um objeto natural, um objeto dado. A sua tarefa, como acreditam muitos analíticos contemporâneos, não é examinar distinções de linguagem até o limite das possibilidades, independentemente, inclusive, da relevância dessas distinções. A ciência do direito é mais integral, ela não admite uma separação absoluta, em decorrência da crença na pureza e no vício da especialização, entre teoria e prática (Savigny, 1878, p. 8). O jurista examina a lei e a aplicação da lei.

Os institutos devem ser compreendidos também à luz da sua aplicação, não apenas em abstrato. E isso porque o Direito é, como fiz referência no começo, uma prática social complexa. É por essa razão que, para a Escola Histórica, se deve proceder à união entre a elaboração sistemática e a elaboração histórica (Wieacker, 1993, p. 452). Diante das normas, e tendo em vista que essas normas compõem algo *partilhado* e um Direito *praticado*, o jurista é capaz de construir dogmaticamente um sistema coerente.[5]

A questão do "espírito do povo" tem de ser examinada sob esses pressupostos, que aqui, por razões de espaço, só podem ser apresentados de maneira muito breve. Segundo Wieacker (1993, p. 439), o espírito do povo não tem a ver com um fundo biológico ou com uma realidade social circunstancialmente concreta. Com a questão sobre o espírito do povo, não se pretende obter uma resposta acerca do que o povo, em dado momento, simplesmente *deseja*. A compreensão do espírito do povo envolve uma imersão séria — jurídica, histórica, literária — em uma tradição cultural.[6] E, para Savigny, a origem do Direito está no povo, em um certo espírito geral que habita a consciência dos membros de uma nação (1878, p. 30). E isso se manifesta de muitas formas (as expressões culturais e artísticas são também meios de manifestação do modo de vida de determinado povo). É nesse sentido que o Direito, para Savigny, é orgânico. As normas positivas não são inventadas. Em certa medida, elas já existem no tecido social. O jurista as reconstrói de maneira sistemática e racionalizada. E o legislador as torna positivas, explícitas, públicas e autoritativas.

5. Entre os juristas da atualidade, creio que o que mais se aproxima dessa forma de ver o Direito é Gerald Postema. Para ele, "*jurisprudence*" é *vera philosophia*. E isso demanda um conhecimento histórico-filosófico muito mais denso. Postema certamente nos leva a compreender não só o Direito como prática, mas a compreender que a "mentalidade separatista", própria da jusfilosofia analítica do século XX, é contraproducente e não nos permite chegar perto do que o Direito realmente é. Com Oakeshott, Postema nos convida a situar as manifestações institucionais do direito moderno na vida social e em consideração à experiência humana geral (ou seja, de maneira integral). A relação entre os fenômenos (e o exame dos laços de continuidade, que tornam inteligíveis esses fenômenos) é mais importante do que a distinção. Sobre tudo isso, é amplamente recomendável ver Postema (2015).

6. Não é por acaso que um dos discípulos mais proeminentes de Savigny seja um dos *irmãos Grimm*.

Parece-me que Savigny tem bastante razão. Se nos debruçarmos sobre nossas leis atuais (penais e civis, por exemplo), perceberemos que há, em todo esse material infindo e bruto, uma massa de normas mais rígidas, tradicionalmente herdadas, vinculadas ao passado e que, a rigor, embora o estejam formalmente, não estão *realmente* à disposição do legislador. Porque o Direito não pode ser o Direito de lugar nenhum (e essa é, creio, uma das grandes lições da Escola Histórica), extraído da abstração científico-tecnológica e revolucionária do codificador; ou, ainda, da tecnologia argumentativa de uma aristocracia ou oligarquia da toga, acostumada a argumentar não sobre institutos concretamente aplicados e historicamente desenvolvidos, mas à luz de princípios morais abstratos dos quais ela, de modo potencialmente ilegítimo, retira consequências jurídicas estranhas ao próprio povo.

Nenhum desses dois caminhos — o do legislador abstrato-racional e o do juiz abstrato-racional — é prescrito por Savigny. O último parece estar mais presente em nossos dias, com um bom número de juristas dispostos a reforçar uma legitimidade de círculo, em completa desconsideração à tradição histórico-cultural do povo, que é o destinatário das decisões impostas pelo Direito. É preciso ter cuidado com isso. Porque mesmo que uma moralidade estranha e abstrata consiga impor-se progressivamente, ainda haverá, certamente, um Direito silencioso e orgânico, presente na consciência dos membros da comunidade. E o jurista, segundo Savigny, deveria conhecê-lo. É por isso que, de minha parte, finalizo este breve escrito, supostamente sobre codificação e direito privado, com a sensação de que há muito para conhecer, deparando-me com a minha própria ignorância teórica, histórica e cultural. Desejo ao leitor que, quem sabe em menor intensidade, experimente essa mesma sensação. Pode não parecer, mas é um desejo para o bem.

PEDRO DA SILVA MOREIRA

REFERÊNCIAS

BECCHI, Paolo. German Legal Science: the crisis of natural law theory, the historicisms and "conceptual jurisprudence". *In*: CANALE, D.; GROSSI, P.; HOFMANN, H. (ed.). *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law Word, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. M. Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. ed. Oxford; N. York: Oxford University Press, 2011.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Trad. Denise R. Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 4. ed. Trad. J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Curso de filosofia do direito*: o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2001.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*: das origens à escola histórica; vol. 1. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Trad. Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2016.

POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence, the sociable science. *Virginia Law Review*, v. 101, p. 869–901, 2015.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema de derecho romano actual*. Trad. M. Ch. Guenoux. Trad. (castelhano) Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878. t. 1.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Trad. José Díaz García. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

Sobre a Vocação do Nosso Tempo para a Legislação e a Ciência do Direito

de

Dr. Friedrich Carl von Savigny

Ministro da Suprema Corte Real da Prússia,
Professor de Direito na Universidade Real de Berlim
e Membro Ordinário da Academia Real de Ciências
na mesma universidade

Terceira Edição

Heidelberg
Editora J.C.B. Mohr und Zimmer
1840

PREFÁCIO DA SEGUNDA EDIÇÃO (1828)

A primeira edição do presente escrito foi publicada em 1814, ou seja, em uma época que deve ser inesquecível para qualquer pessoa que nela viveu com plena consciência. Por anos, o laço que vinculava a pátria alemã à arbitrariedade alheia foi-se apertando cada vez mais, e tornava-se claro que nosso destino, se as intenções do opressor fossem plenamente executadas, terminaria na destruição de nossa nacionalidade. Os grandes acontecimentos pelos quais foi destruído o domínio estrangeiro afastaram esse destino amargo da nossa pátria, e o sentimento de alegria profunda e geral, causado pela libertação do maior de todos os perigos, deve ter sido guardado por todos como memória sagrada. Naquela época, foi novamente possível falar livremente sobre assuntos públicos conforme a própria convicção e o entusiasmo despertado em todos os lugares pela época vivida tornaram tal atividade mais atraente e gratificante do que costuma ser em tempos normais. Assim, surgiu então um excelente erudito do direito com a proposta de criar um código civil comum para a Alemanha e, com isso, promover a unidade politicamente tão importante da nação, bem como a administração da justiça e a ciência jurídica. Do Congresso, que naquela época se reunia em Viena, esperava-se que se ocupasse de propostas patrióticas desse

tipo. Essas foram as circunstâncias externas que me levaram a dar o meu voto sobre o importante assunto tratado no presente escrito. Esse ponto de partida é evidente, como também o é a época movimentada em que o escrito foi publicado. Se eu precisasse discorrer acerca dessa questão somente agora, sem dúvida o faria de maneira muito diferente, embora minhas opiniões sobre o tema em si não apenas tenham permanecido as mesmas, mas também se tenham aprofundado por meio de reflexão contínua e de experiências nada irrelevantes. Poder-se-ia pensar, portanto, em reescrever a peça com alterações e complementos, de modo que ela pudesse ser publicada hoje como obra nova. Mas não haveria como encontrar um limite nesse processo. Na verdade, chegar-se-ia ao ponto de destruir completamente o escrito original e elaborar outro novo. Por isso, considerei mais adequada sua reimpressão sem alterações, como se faz aqui. Entretanto, julguei necessária uma explicação especial sobre alguns trechos do escrito.

Na página 101 foi ressaltado o tratamento pouco feliz da ciência jurídica no século XVIII. Também foi mencionada a influência de um esforço filosófico superficial de múltiplas facetas. Por alguns, esse trecho foi interpretado como se eu quisesse dizer que não houve esforços filosóficos na ciência jurídica. Não consigo entender a razão de tal interpretação, pois todo o contexto do escrito fala, por um lado, da infeliz aplicação da filosofia de Wolff à ciência jurídica e, por outro, do efeito dos filósofos populares posteriores. Nem mesmo atualmente esses esforços deveriam encontrar seguidores e defensores.

No capítulo sétimo foi expressa uma avaliação muito negativa sobre os juristas franceses dos tempos mais recentes. Embora os fatos individuais ali reunidos estejam corretos e sua repreensão não deva ser em nada mitigada, o julgamento baseado nesses elementos é totalmente parcial e injusto, pois um lado respeitável da literatura jurídica de nossos vizinhos foi ignorado e silenciado. A causa dessa parcialidade estava, por um lado, no clima de tensão contra esses vizinhos, que era natural na época, e, por outro, em minha falta de conhecimento de sua literatura. Aproveito esta oportunidade, com prazer, para compensar

a injustiça cometida por meio de uma confissão aberta.[7] Fato é que, na França, durante muito tempo, o lado erudito da ciência jurídica e os conhecimentos a ele ligados foram malcuidados, embora mesmo aqui tenham surgido, mais recentemente, esforços louváveis por parte de um número de homens mais jovens.[8] Por outro lado, a ciência jurídica prática lá atingiu um alto grau de cultura; a parte de sua literatura baseada nisso merece o maior respeito e poderia ser usada com essencial proveito por nós. Assim, por exemplo, as obras de Merlin, tanto o *Repertoire* quanto as *Questions*, são verdadeiros modelos de tratamento diligente, perspicaz e de bom gosto de casos jurídicos, e nossa literatura prático-jurídica está muito atrás da francesa nesse aspecto. A razão dessa superioridade, além dos defeitos acima mencionados, encontra-se parcialmente na versatilidade prática daquela nação, parcialmente nas formas de seu processo, que concedem espaço e incentivo em alto grau ao talento extraordinário, em vez de relegar juízes e administradores ao exercício de sua função em atividade pouco percebida e pouco estimulante. Por outro lado, estou muito longe de atribuir ao Código em si a mínima parte desses benefícios. O que há de bom veio independentemente do Código e não por sua causa. Portanto, tudo quanto disse contra ele em minha peça continuo declarando como verdadeiro. O mesmo se aplica ao julgamento igualmente negativo sobre suas escolas de direito, cuja organização dificulta, em certa medida, qualquer evolução mais aprofundada da ciência jurídica na França.

Digo isso com ainda mais confiança em razão de esse julgamento ter sido confirmado pela voz de franceses muito respeitáveis e esclarecidos.[9]

7. Em parte, já o fiz em outras ocasiões: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 4, p. 488–490.

8. Cf. *Zeitschrift*, *op. cit.*, p. 482 *et seq.*

9. O que afirmei para explicar meu parcial julgamento sobre a jurisprudência francesa, em decorrência das circunstâncias sob as quais minha manifestação foi publicada, foi reconhecido de maneira muito honrosa em uma resenha francesa que, de qualquer forma, adotou posição de alto nível sobre aquela disputa científica (*Le Globe*, t. V, nº 59, 18 de agosto de 1827).

P. 209 — O que se disse nessa peça sobre o modo de exposição do Direito Romano por Blondeau parece, conforme informações posteriores, ter-se baseado em mero mal-entendido. P. 215-219 — O que foi afirmado nessas páginas sobre a formação jurídica nas universidades prussianas mudou consideravelmente desde então. Há alguns anos são oferecidas aulas sobre o Direito Estadual da Prússia, inclusive por mim, nas quais pude utilizar manuscritos sobre o Direito Territorial da Prússia. Recentemente, até se instituiu a obrigatoriedade da frequência a tais aulas sem abandonar os estudos jurídicos, e já a primeira prova trata desse assunto. Além disso, o atual Ministro da Justiça permitiu recentemente o uso de materiais para comunicação pública. Alguns excelentes juristas escolhidos estão atualmente trabalhando nisso e, assim, o vivo desejo que manifestei na p. 155 será realizado de forma promissora.

P. 227 — Aqui foi expresso o desejo de que as dificuldades de intercâmbio entre as universidades de diversos territórios alemães fossem superadas. É sabido que, desde então e recentemente também pelo governo da Baviera, muito se fez para atingir esse objetivo importante.

Na edição atual, minha peça recebeu dois apêndices.

O primeiro apêndice é, na verdade, uma continuação do escrito em si e, portanto, seu lugar seria aqui mesmo. O mesmo poderia ser dito de outra manifestação publicada na revista, como a resenha de Gönner, vol. 1, nº 17. Contudo, pelo tipo de seu ponto de partida, tal ensaio teria se tornado, em grande parte, uma polêmica pessoal. Mesmo que eu desejasse, na mais calma análise, desfazer-lhe alguma injustiça, depois de tantos anos e após a morte do adversário, não me sinto inclinado a renovar essa disputa, causada por circunstâncias aleatórias, com nova reimpressão. Entretanto, muitos pontos dessa resenha referem-se à parte geral da discussão. Nada impede, porém, que quem aprecie arquivos completos o procure na respectiva revista. Nesse primeiro apêndice, há apenas um ponto sobre o qual gostaria de acrescentar algo: trata-se do trecho da p. 247-249 no qual alertei sobre o uso superficial da história do direito universal. Algumas vezes esse trecho foi interpretado como se eu desprezasse a história do direito universal na sua totalidade. Mas quem ler esse texto com imparcialidade e amor

à verdade deverá concluir que tal mal-entendido é absolutamente incompreensível. Na verdade, não sei que palavra poderia acrescentar para me defender contra essa má interpretação.

O segundo apêndice contém a sentença de um tribunal francês sobre o projeto de Código mencionado e elogiado na p. 137 do meu texto. Mandei imprimi-la agora, pois provavelmente a menor parte dos meus leitores tem acesso à coleção francesa em que ela foi publicada.

1
INTRODUÇÃO

Em muitos territórios alemães, uma necessidade externa veio despertar a questão sobre a melhor forma de organizar o direito civil. Assim, essa questão, que nossos Estados puderam, por longo tempo, deixar em suspenso, amadureceu até o ponto de se tornar objeto de deliberação conjunta entre estadistas e juristas. Mas uma razão ainda mais nobre do que a mera necessidade impulsionou tal debate público: o sentimento de que no afastamento da opressão da nação alemã reside um apelo a todas as forças vivas para não se mostrar indigna de seu tempo. Por isso, não é presunção, mas algo justo e devido, que todo aquele que tenha coração e consciência de sua vocação e uma visão clara de seu ofício compartilhe publicamente essa visão e que justamente os juristas sejam os menos inclinados a permanecer omissos nessa tarefa. Pois é justamente no direito civil que a diferença entre o presente e o passado se torna mais evidente. Sem dúvida, ainda podem ocorrer muitos erros isolados, seja por ignorância, seja por má vontade. Contudo, a primeira questão pode novamente ser: o que é justo e bom? O próprio tema carrega em si sua finalidade e sua determinação: os soberanos territoriais podem agir novamente conforme sua convicção e ver na busca do bem comum a expressão de sua honra, algo que, certamente, ninguém afirmaria em re-

lação ao passado. Quando o Código penetrou na Alemanha e se alastrou como um câncer, não se falava em fundamentos internos, salvo, aqui e ali, em frases vazias. Um propósito puramente externo determinava tudo, inteiramente alheio ao valor intrínseco do Código; uma situação, em si mesma, desprovida de sentido, independentemente do fato de que tal propósito era o mais pernicioso de todos. Por isso, até agora, era infrutífero falar a esse respeito. Aqueles que então se manifestaram estavam, em parte, comprometidos com a má causa por interesse próprio, outros, seduzidos por uma boa-fé incompreensível. E a maioria limitava-se a colaborar na execução das ordens, como simples profissionais do foro, sem formar qualquer juízo próprio sobre o assunto. Ouviam-se apenas algumas vozes honradas — umas de censura e advertência, outras de alusão e sinal —, mas nenhuma podia esperar sucesso. O fato de que agora possa haver novamente divergência de opiniões e que o debate e a dúvida sobre as decisões possam ressurgir deve ser considerado uma das bênçãos com que Deus nos agraciou. Pois somente dessa cisão pode nascer uma unidade viva e sólida: a unidade da convicção, à qual somos naturalmente impelidos em todas as questões do espírito.

Contudo, há dois tipos de controvérsia, uma hostil e outra pacífica. Travamos a primeira quando consideramos o fim e o objetivo indignos e a segunda quando buscamos meios para alcançar um mesmo propósito nobre. Mesmo agora, quando já não se fala mais do Código, a primeira ainda teria lugar, se alguém sustentasse que este é o momento em que todos os Estados da Alemanha deveriam se isolar, que o direito poderia ser empregado para esse fim e que cada governo deveria providenciar um código próprio, a fim de abolir tudo o que, em matéria jurídica, ainda recordasse a unidade da nação. Essa opinião não seria arbitrariamente inventada. Ao contrário, há várias administrações que se mostram abertamente inclinadas a ela. É apenas um certo pudor que as impede de manifestá-la abertamente e, tanto quanto sei, ela não tem sido defendida em escritos sobre direito civil. Bem diferente é a situação das propostas até agora conhecidas, pois com relação a elas, naquilo em que não concordamos, é possível uma disputa pacífica, e tal disputa conduz, senão à união dos contendores, ao menos a uma compreensão mais profunda do conjunto.

Das duas opiniões sobre a reforma do direito civil que chegaram ao meu conhecimento, uma busca restaurar o estado anterior[10] e a outra propõe a adoção de um código comum para todos os Estados alemães.[11] Para esclarecer melhor esta segunda, impõem-se aqui algumas observações, uma vez que ela deve ser considerada em um duplo contexto histórico.

Primeiro, ela se vincula a várias propostas e tentativas semelhantes que surgiram desde meados do século XVIII. Nessa época, difundiu-se por toda a Europa um impulso de esclarecimento totalmente desprovido de sentido histórico. O sentimento e a compreensão pela grandeza e singularidade de outras épocas, bem como pelo desenvolvimento natural dos povos e das constituições, em suma tudo aquilo que deveria tornar a história fecunda e salutar, haviam-se perdido. Em seu lugar surgiu uma expectativa ilimitada quanto ao presente, ao qual se atribuía nada menos do que a vocação de realizar a perfeita encarnação da perfeição absoluta. Esse impulso manifestou-se em todas as direções. Seus efeitos na

10. A. W. Rehberg, *Über den Code Napoléon*, Hannover, 1814. [August Wilhelm Rehberg (1757–1836) foi filósofo e funcionário público de Hanôver. Na obra referida, analisa criticamente o Código civil francês, ressaltando os efeitos políticos e sociais de sua imposição em territórios alemães. Savigny usa Rehberg como aliado em sua oposição à recepção acrítica, na Alemanha, do Código Napoleônico — que é o *Code civil des Français*, promulgado em 1804, durante o governo de Napoleão Bonaparte. O *Code Napoléon* unificou o direito civil francês pós-revolucionário, combinando elementos do Direito Romano com o ordenamento consuetudinário local. Tornou-se o grande modelo de codificação civil do século XIX e influenciou intensamente o debate alemão sobre códigos, ao qual Savigny responde criticamente. (N. do E.)]

11. K. E. Schmid, *Deutschlands Wiedergeburt*, Jena, 1814, p. 135; A. F. Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814. — O primeiro propõe, para o momento, a adoção do Código austríaco; o segundo, a criação imediata de um novo. [Karl Ernst Schmid (1774–1852) foi jurista e publicista alemão. Em *Deutschlands Wiedergeburt* ("O renascimento da Alemanha"), além de sugerir a adoção do Código Austríaco como direito comum, discute o futuro político e jurídico da Alemanha após o declínio do domínio napoleônico. Já Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840) foi um dos principais civilistas alemães. É em *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* ("Sobre necessidade de um direito civil geral para a Alemanha") que ele propõe a criação de um código civil geral para toda a Alemanha. Savigny escreve este opúsculo precisamente como resposta a Thibaut, sustentando que a época não tinha "vocação" científica para uma codificação dessa magnitude. (N. do E.)]

religião e na constituição política são bem conhecidos e é evidente que, por meio da reação natural que provocou, acabou por preparar em toda parte o terreno para um novo e mais vivo amor às tradições. No direito civil também atuou com força. Exigiam-se novos códigos, cuja completude deveria garantir uma segurança quase mecânica à administração da justiça, de modo que o juiz, privado de qualquer juízo próprio, se limitasse à aplicação literal da lei. Ao mesmo tempo, tais códigos deveriam abster-se de qualquer peculiaridade histórica e, em pura abstração, ter igual aplicabilidade a todos os povos e todos os tempos. Seria um erro atribuir esse impulso e suas aplicações a este ou aquele professor isolado. Era, com raras e respeitáveis exceções, a opinião dominante entre os povos. Por isso, não estava ao alcance dos governos evitar todas as suas manifestações. E sua simples mitigação ou limitação já podia ser considerada meritória e sinal de vigor interior. Se compararmos esse estado de coisas passado com o presente, temos motivo para nos alegrar: o sentido histórico despertou por toda parte e, com ele, aquela arrogância sem limite já não encontra espaço. Mesmo que jovens escritores ainda iniciem, por vezes, essa trilha, tal espírito já não é dominante. Essa comparação também mostra um progresso alentador nas propostas de códigos acima mencionadas. Livres daquelas pretensões exageradas, elas visam a um objetivo prático determinado, e suas motivações repousam em bases firmes. Ter atravessado aquele período nos concede, contudo, uma grande vantagem: a de podermos recorrer à sua experiência. Dessas concepções nasceram, sucessivamente, códigos para três grandes Estados. Esses códigos e, em parte, os efeitos que produziram estão diante de nós e seria imperdoável desprezar as lições que ainda podem nos oferecer, quer de estímulo, quer de advertência.

Em segundo lugar, essas propostas estão ligadas a uma concepção geral sobre a origem de todo direito positivo, que desde sempre predominou entre a maioria dos juristas alemães. Segundo essa concepção, em um estado normal, todo direito surge das leis, ou seja, das normas expressas da autoridade suprema do Estado. A ciência jurídica[12] teria por

12. Para Savigny, "ciência jurídica" (*Rechtswissenschaft*) não é apenas comentário de leis vigentes, mas investigação sistemática e histórica do direito como totalidade. Um "sis-

objeto apenas o conteúdo dessas leis. Assim, tanto a legislação quanto a própria ciência jurídica teriam conteúdo essencialmente contingente e variável, e seria perfeitamente possível que o direito de amanhã não se assemelhasse em nada ao de hoje. Um código completo seria, portanto, a mais alta das necessidades. E somente se ele fosse cheio de lacunas seria possível chegar à triste necessidade de recorrer ao direito consuetudinário como complemento incerto. Essa opinião é muito mais antiga do que a exposta acima. Ambas se chocaram em vários pontos, mas, com maior frequência, conviveram em boa harmonia. Servia-lhes de conciliação, não raro, a convicção de que existiria um direito natural ou racional, uma legislação ideal válida para todos os tempos e casos, bastando descobri-la para aperfeiçoar o direito positivo de uma vez por todas.

Se essa concepção acerca da origem do direito positivo corresponde ou não à realidade, é o que a presente análise buscará demonstrar.

tema" não constitui mero arranjo lógico de artigos; ele compreende determinada estrutura conceitual que exprime um desenvolvimento histórico orgânico. Daí a crítica à codificação prematura: um código imposto de cima para baixo pode interromper ou deformar esse desenvolvimento interno da ciência do direito. (N. do E.)

2
ORIGEM DO DIREITO POSITIVO

Vamos consultar primeiramente a história, a fim de verificar como o direito dos povos de nobres tribos realmente se desenvolveu, sem com isso antecipar um juízo de valor sobre o que possa ser bom, necessário ou repreensível.

Onde quer que encontremos a escrita pela primeira vez na história, vemos surgir um direito civil já dotado de um caráter próprio do povo, assim como seu idioma, seus costumes e sua constituição. Certamente, essas manifestações não têm existência autônoma. São forças e atividades de um mesmo povo, inseparavelmente vinculadas à sua natureza, que apenas se nos apresentam como expressões de um caráter peculiar. O que as une em um todo é a convicção comum do povo, o mesmo sentimento de necessidade interna que exclui qualquer elemento acidental ou arbitrário.

Como se originaram essas funções características que tornam cada povo um indivíduo histórico é uma questão que a mera análise da história não pode responder. Em tempos mais recentes, prevaleceu a opinião segundo a qual, em um primeiro momento, tudo teria vivido em um estado semelhante ao dos animais, apresentando, a partir daí, uma lenta evolução até alcançar uma existência razoável e, por fim, o nível em que hoje nos encontramos. Podemos deixar de lado essa hipótese e limitar-

mo-nos ao exame do primeiro estado de formação escrita do direito civil. Tentaremos apresentar alguns traços gerais daquele período em que tanto o direito quanto o idioma ainda viviam na consciência do povo.

Esse tempo da juventude dos povos é pobre em conceitos, mas possui clara consciência de seus estados e condições. Ele sente e vivencia tudo de modo pleno e integral, ao passo que nós, em nossa existência artificialmente complexa, somos dominados por nossa própria riqueza espiritual, em vez de dela fruirmos e a dominarmos. Esse estado claro e natural serve também admiravelmente ao direito civil. Assim como as relações familiares e a posse de terra se tornam mais significativas a cada indivíduo em razão de sua estima pessoal, pelas mesmas razões é possível que as regras do direito privado sejam consideradas parte integrante das crenças populares. Entretanto, essas funções espirituais necessitam de uma expressão física para se fixarem. Para o idioma, esse corpo é o exercício constante e ininterrupto; para a constituição, são os poderes públicos visíveis. Mas o que representa isso no caso do direito civil? Em nossos tempos, são os princípios expressos por escrito ou oralmente. Esse tipo de fixação, porém, pressupõe um grau de abstração que não pode ser encontrado naquele período de juventude dos povos. Em contrapartida, deparamo-nos por toda parte com atos simbólicos destinados a estabelecer ou extinguir relações jurídicas. É justamente a concretude sensível desses atos que fixa externamente o direito em determinada forma. Sua seriedade e dignidade representam a importância das relações jurídicas em si, reconhecidas como características desse tempo. O amplo uso de tais atos formais, por exemplo entre as tribos germânicas, coincide com aqueles na antiga Itália, embora nesta as formas aparecessem mais determinadas e regulamentadas, possivelmente em virtude da estrutura das cidades. Esses atos formais podem ser considerados a verdadeira gramática do direito daquela época, e é notável que a principal função dos juristas mais antigos de Roma tenha sido conservar e aplicar tais formas com precisão. Nos tempos modernos, tendemos a desprezá-las como manifestações de barbárie ou superstição, julgando-nos superiores por tê-las abandonado, esquecendo, contudo, que também nós possuímos formas jurídicas em toda parte, desprovidas das principais vantagens das formas antigas, ou seja, sua concretude e sua aceitação popular. Nossas

formas, ao contrário, são consideradas por muitos como algo arbitrário e, portanto, como um fardo. Com essa visão parcial do passado, assemelhamo-nos a viajantes que, visitando a França, se espantam ao ver que até as crianças e as pessoas simples falam francês com admirável destreza.

Mas essa conexão orgânica do direito com a essência e o caráter do povo manifesta-se também no decurso dos tempos e, mesmo aí, assemelha-se ao idioma. Assim como este, o direito desconhece qualquer ponto de repouso absoluto, estando sempre sujeito ao mesmo movimento e desenvolvimento que animam as demais expressões da vida popular. E esse desenvolvimento obedece à mesma lei de necessidade interna que regia sua primeira manifestação. Portanto, o direito evolui com o povo, nasce dele e, por fim, perece quando o povo perde suas características. Todavia, essa evolução interna traz grandes dificuldades para a observação em épocas de cultura avançada. Já se afirmou que a verdadeira sede do direito reside na consciência comum do povo. Isso pode ser admitido, por exemplo, quanto aos princípios fundamentais do Direito Romano, como a natureza geral do matrimônio, da propriedade, entre outros, mas, diante do imenso detalhamento, do qual as *Pandectas*[13] são apenas um extrato, é preciso reconhecer que seria impossível. Essa dificuldade conduz a uma nova visão do desenvolvimento do direito. À medida que a cultura avança, a atividade do povo se especializa. O que antes era feito coletivamente passa a ser exercido por classes separadas e, entre elas, surge a dos juristas. O direito, então, evolui para a linguagem, toma um rumo científico. Antes vivido na consciência do povo, torna-se agora objeto da consciência dos juristas, que passam a representá-lo nessa função. A partir desse momento, a existência do direito torna-se mais artificial e complicada, pois ele passa a ter uma vida dupla, uma como parte integrante da vida do povo e outra como ciência especial, nas mãos dos juristas. Todas as manifestações posteriores podem ser explicadas pelos efeitos mútuos desse duplo princípio de vida. Assim compreende-

13. As "Pandectas" (ou *Digestum*) são parte do *Corpus Juris Civilis*, compilação do direito romano sob Justiniano (século VI). No ensino jurídico alemão dos séculos XVIII e XIX, o estudo das *Pandectas* era o núcleo da formação dos juristas. Em sua crítica, Savigny contrapõe o método vivo, casuístico e tecnicamente refinado dos juristas romanos às soluções esquemáticas dos códigos modernos. (N. do E.)

mos como pôde surgir tamanha riqueza de detalhes sem arbitrariedade e intenção propriamente ditos. Para fins de brevidade, denominaremos a conexão do direito com a vida geral do povo de elemento político e a sua existência científica autônoma nas mãos dos juristas, de elemento técnico do direito.

Assim, em um mesmo povo e em épocas distintas, o direito pode assumir o caráter de direito natural (em sentido diverso daquele do nosso jusnaturalismo moderno) ou de direito erudito, conforme o elemento prevalescente do primeiro ou segundo, sendo impossível distingui-los com rigor absoluto. Nas constituições republicanas, ao contrário das monárquicas, o princípio político pode conservar influência direta. Especialmente na República Romana, várias circunstâncias concorreram para manter viva essa influência, mesmo em meio à ascensão cultural. Mas em todos os tempos e constituições essa influência ainda se manifesta em certas aplicações específicas, quando, em círculos mais restritos, surgem necessidades reiteradas que permitem o renascimento de uma consciência jurídica popular. Assim, em muitas cidades, formou-se e manteve-se um direito especial relativo a empregados ou a casa de aluguel, independentemente de leis expressas ou da jurisprudência científica. São remanescentes isolados da antiga formação geral do direito. Antes da grande transformação das constituições que presenciamos, esses casos eram muito mais frequentes nos pequenos Estados — nos quais fragmentos das antigas constituições germânicas sobreviveram mesmo a revoluções — do que hoje.

Em resumo, todo direito nasce dessa forma, a qual, segundo o uso dominante, embora não cem por cento adequado, é denominada direito consuetudinário, ou seja, o direito nasce primeiramente dos costumes e da crença popular e, posteriormente, da jurisprudência. Em todos os casos, surge de forças internas que atuam silenciosamente e não da vontade de um legislador. Até aqui, essa situação foi considerada apenas sob o ponto de vista histórico. Se ela é louvável ou desejável, a análise a seguir o mostrará. Mesmo sob o aspecto histórico, contudo, algumas definições são necessárias para descrever esse estado. A primeira suposição é a de um desenvolvimento interno completamente livre de interferências externas; a influência de contatos precoces com direitos estrangeiros será

examinada adiante, a propósito do exemplo da Alemanha. Do mesmo modo, mostrar-se-á que pode haver influência parcial da legislação sobre o direito civil, por vezes a ser considerada benéfica, por vezes nociva. Por fim, observam-se grandes diferenças quanto aos limites de validade e aplicação do direito. Assim como um mesmo povo pode dividir-se em várias tribos, e Estados se unem ou desaparecem, o mesmo direito também pode ser comum a diversos Estados independentes ou apresentar em cada parte de um mesmo Estado, ao lado de traços gerais idênticos, grande diversidade de normas específicas.

Entre os juristas alemães, Hugo[14] teve, na maioria de suas obras, o grande mérito de combater a fundo as opiniões dominantes.[15] Nesse ponto, Möser[16] também merece grande honra, pois, com notável espírito, buscou interpretar historicamente todos os aspectos da vida, inclusive o direito civil. O fato de seu exemplo ter sido quase ignorado pelos juristas era previsível, pois ele não seguiu os costumes da classe: não lecionou e tampouco publicou manuais didáticos.

14. Gustav Hugo (1764–1844), professor em Göttingen, é considerado um precursor direto da Escola Histórica do Direito. Nas obras em que aborda a ciência do direito (*Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*) e o direito natural (*Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*), combate o jusnaturalismo abstrato e insiste na compreensão histórica do direito positivo. Savigny apoia-se em G. Hugo como um dos primeiros a romper, no plano teórico, com a ideia de um direito deduzido pura e simplesmente dos princípios da razão.

15. Cf. G. Hugo, Enzyklopädie, 4ª ed., arts. 21–22; *Naturrecht*, 3ª ed., art. 130; *Zeitschrift für Civilrecht*, vol. 4, nº 4.

16. Justus Möser (1720–1794) foi jurista, administrador e publicista, ativo sobretudo em Osnabrück. Nos seus escritos, reunidos nos quatro volumes de *Patriotische Phantasien* ("Fantasias patrióticas", 1775–1786), ele analisa com grande sensibilidade histórica as instituições jurídicas e políticas locais, criticando reformas racionais abstratas. É visto como um precursor da Escola Histórica do Direito, por sua defesa do desenvolvimento orgânico das instituições e dos costumes jurídicos.

3
LEIS E LIVROS JURÍDICOS

A influência da legislação propriamente dita sobre partes individuais do direito civil não é rara, mas tem origens muito diversas. Em primeiro lugar, a modificação do direito vigente pelo legislador pode atender a necessidades políticas superiores. Quando, em nossos tempos, os leigos falam da necessidade de uma nova legislação, geralmente se referem exatamente a isso. A determinação dos direitos dos camponeses é um dos exemplos mais importantes. A história do Direito Romano fornece muitos exemplos, e a República livre conheceu alguns. Sob Augusto, destaca-se a *Lex Iulia et Papia Poppaea* e, a partir dos imperadores cristãos, multiplicam-se os casos. Deve ficar claro a qualquer pessoa que consulte a história que leis desse tipo tendem a decorrer de uma corrupção infrutífera do direito e que, sobretudo nesse domínio, seu uso deve ser rigorosamente limitado. Nelas, o elemento técnico participa apenas na forma e na conexão com o restante do direito, o que torna essa parte da legislação muito mais difícil do que geralmente se imagina. Muito menos questionável é um segundo modo de influência da legislação sobre o direito civil. Normas jurídicas individuais podem não ser suficientemente claras ou, por sua natureza, podem ter limites flexíveis ou indeterminados, como acontece, por exemplo, em todas as

prescrições cujo uso prático exija limites rígidos. Aqui pode surgir um tipo de legislação que auxilie os costumes e dissipe dúvidas e imprecisões, trazendo à luz e conservando puro o verdadeiro direito, a autêntica vontade do povo. Para esse fim, a constituição romana instituiu um mecanismo notável: os editos dos pretores, que, sob certas condições, poderiam existir também em monarquias.

Mas, quando em nossos dias se fala da necessidade de códigos gerais, não se trata desse tipo de influência parcial. O que se pretende é o seguinte. O Estado deve verificar e fixar por escrito todo o acervo de seu direito, e esse livro, doravante, deve servir como única fonte do direito, enquanto tudo o mais, ou seja, o que anteriormente valia, perde sua força. Cumpre perguntar, antes de tudo, de onde viria o conteúdo de tal código. Segundo a opinião exposta acima, muitos afirmam que o direito racional universal deveria determinar esse conteúdo sem consideração ao que existe. Mas aqueles que participaram da elaboração de códigos ou que conhecem a prática jurídica abstêm-se facilmente de aderir a essa pretensão vazia e concordam que o direito existente deve ser reduzido a termo, apenas com aquelas modificações e melhorias que necessidades políticas eventualmente imponham. Veremos abaixo que essa foi a opinião dominante, sobretudo no que diz respeito aos códigos modernos. Assim, o código teria um duplo conteúdo: em parte o direito existente e em parte as novas leis. Quanto às leis novas, parece ser mero acaso que apareçam no momento da codificação. Elas poderiam surgir isoladamente em qualquer outro momento e, do mesmo modo, poderia não haver qualquer necessidade delas por ocasião da criação do código. Na Alemanha, em especial, essas leis seriam muitas vezes apenas aparentemente novas, pois aquilo que é novo para um território já estava em vigor em outro. Não se trataria, portanto, de direito novo, mas do direito já existente de tribos aparentadas, alterando-se apenas os limites de sua aplicação. Para evitar confusão em nossa análise, deixamos de lado completamente essas novas leis e analisamos somente o conteúdo principal do código. Este deve ser considerado, portanto, como uma redução a termo do direito existente, dotado de validade exclusiva pelo poder estatal.

É natural que, em nossos tempos de escrita disseminada, consideremos essa validade exclusiva como condição essencial de um projeto desse tipo, pois, diante do grande número de escritos e da rápida mudança de livros e de suas reputações, nenhum livro isolado pode exercer influência predominante e duradoura a não ser pelo poder do Estado. Contudo, em princípio, é perfeitamente possível que tal trabalho seja realizado por um jurista erudito sem ordem e confirmação estatal. No antigo direito germânico, isso ocorreu com frequência. Teria sido necessário grande esforço para explicar a nossos antepassados a diferença entre um livro de direito elaborado em trabalho de âmbito privado e um verdadeiro código, uma distinção que nos parece tão natural e essencial. Voltemos, porém, ao conceito adequado ao nosso tempo. É evidente que a diferença reside apenas no pedido e na confirmação pelo Estado, não na natureza do trabalho em si, pois este é, em todo caso, puramente técnico e cabe, portanto, aos juristas, uma vez que, quanto ao conteúdo do código aqui pressuposto, o efeito do elemento político já se encerrou há muito, devendo apenas ser reconhecido e expresso como uma tarefa da técnica jurídica.

As exigências dirigidas a tal código e as expectativas nele depositadas são de duas ordens. Com ele se pretende criar a maior certeza jurídica possível para o estado interno do direito e, com isso, a maior segurança para sua aplicação uniforme. Os limites externos de validade devem ser aperfeiçoados e corrigidos mediante a substituição de diferentes direitos locais por um direito nacional geral. Por ora, limitamo-nos à primeira vantagem; a segunda será tratada abaixo em sua aplicação especial à Alemanha.

É evidente para qualquer pessoa que essa vantagem interna depende da execução perfeita. Sob tal aspecto, há tanto a ganhar quanto a perder. É muito notável o que Bacon[17], guiado pela riqueza de seu espírito e de

17. Francis Bacon (1561–1626), filósofo inglês, em *De augmentis scientiarum* (1623), traça um programa de renovação das ciências e inclui considerações sobre o estado da ciência jurídica de seu tempo. Ao citá-lo, Savigny reforça a tese de que não basta vontade política ou técnica legislativa para codificar bem: é necessária uma maturidade científica específica da época, sob pena de, na sua ausência, produzir-se um código inferior ao direito histórico existente. Cf. o início do Cap. 6, onde Savigny menciona F. Bacon para postular que a época de elaboração de um código deve ser superior, em compreensão, às épocas anteriores. (N. do E.)

sua experiência, diz sobre esse trabalho.[18] Ele quer que esse empreendimento não ocorra sem necessidade urgente, mas, nesse caso, com especial cuidado com a fonte então vigente do direito. Primeiramente, pela inserção literal de tudo aquilo que dela for aproveitável e, em seguida, pela constante consulta a ela. Preferencialmente, esse trabalho deveria ser realizado em épocas em que a educação e o conhecimento técnico sejam mais valorizados do que antes, pois seria lamentável que, pelo instrumento de uma época inferior, as obras do passado fossem mutiladas.[19] O decisivo aqui é claro. Não se deve alterar, mas conservar, e o que existe deve ser profundamente compreendido e corretamente expressado. O primeiro refere-se à matéria e o último à forma.

Quanto à matéria, a tarefa mais importante e difícil consiste na completude do código, e todos concordam que tudo depende da compreensão correta dessa exigência. Visto que o código deve servir como única fonte do direito, ele tem de conter previamente a decisão de todos os casos possíveis. Muitas vezes, entendeu-se isso assim, como se fosse possível e desejável conhecer exaustivamente todos os casos individuais pela experiência para, então, decidir cada um deles por meio da aplicação de uma disposição específica no código. Mas qualquer pessoa que observe atentamente os casos reais percebe facilmente que sua variedade não tem limite. Além disso, nos códigos mais recentes, renunciou-se, de fato, completamente a essa tentativa de completude material, sem colocar algo em seu lugar. Contudo, existe uma forma diferente de completude, demonstrável por analogia com um artifício da geometria. Todo triângulo possui três determinações fundamentais, das quais decorrem, necessariamente, todas as demais. Por exemplo, dois lados e o ângulo entre eles definem o triângulo inteiro. De modo semelhante, cada parte do nosso direito possui elementos

18. F. Bacon, *De fontibus juris*, aphor. 59–64 (*De augmentis scient.*, l. 8, c. 3).

19. *Ibid.*, c. aphor. 64: "Seria desejável que a restauração de leis desse tipo fosse empreendida em épocas que, em letras e no conhecimento das coisas, se mostrassem superiores aos antigos, de cujos atos e obras tratam... Pois é coisa infeliz quando, pelo juízo e pela escolha de uma época menos prudente e menos erudita, as obras dos antigos são mutiladas e recompostas".

fundamentais dos quais decorrem todas as suas outras partes. Podemos chamá-los de seus princípios fundamentais. Senti-los e, a partir deles, reconhecer o contexto interno e o parentesco de conceitos e regras é uma das tarefas mais difíceis da nossa ciência. Na verdade, é precisamente isso que confere o caráter de nosso trabalho. Se o código é criado em uma época que não domina essa arte, então os males são inevitáveis. Aparentemente, a administração do direito será governada pelo código, mas de fato ela será governada por algo fora do código, que é a fonte verdadeira que a rege. Essa falsa aparência é perigosa. O código, por sua novidade, por sua afinidade com os conceitos dominantes da época e por sua autoridade extrema, atrai toda a atenção para si, desviando-a inevitavelmente da verdadeira fonte do direito. E esta, existindo de forma oculta e despercebida, carecerá precisamente das forças espirituais da nação, necessárias para desenvolvê-la de maneira saudável. O fato de esse perigo não ser imaginário fica claro quando examinamos os códigos modernos. Não apenas o conteúdo, mas o próprio conceito e a natureza dessa verdadeira fonte do direito deixam de ser reconhecidos. Ela aparece sob os mais diversos nomes: ora direito natural, ora *jurisprudence*, ora analogia do direito. Se à falta de reconhecimento dos princípios fundamentais se soma a intenção de alcançar a impossível completude material, decisões específicas não previstas levarão frequentemente ao fracasso e à contradição, o que só virá à luz, lentamente, na aplicação, ou mesmo nunca, se a administração do direito se encontrar em um estado de desatenção.[20]

Tal efeito é inevitável para o presente, quando uma época fixa sua opinião sobre o direito sem vocação interna, guiando-se apenas pela aparência das leis, mas é igualmente nocivo para o futuro. Pois quando surgirem tempos mais propícios ao cultivo do direito, nada auxiliará tanto quanto o contato com a diversidade das compreensões das épocas passadas. Mas, agora, o código está colocado no meio, como um

20. Hugo, *Naturrecht*, § 130, nº 7: "Se todas as questões jurídicas deveriam ser decididas de cima para baixo, então seriam tantas essas decisões que ficaria muito difícil conhecer todas, e para os casos não decididos, dos quais ainda restariam muitos, haveria ainda mais analogias contraditórias".

obstáculo que dificulta esse contato por todos os lados. Em todo estudo unilateral associado ao direito positivo reside o perigo de se ser subjugado pelas próprias letras,[21] e qualquer meio de renovação deveria ser acolhido com gratidão. Mas um código medíocre faz o contrário: fixa ainda mais esse domínio, sufocando uma visão viva do direito.

Além da matéria, deve-se considerar a forma do código. De fato, mesmo que aquele que o elaborou conheça profundamente o direito sobre o qual trabalha, seu intento falhará se não possuir também a competência da exposição. E essa capacidade é percebida mais claramente em aplicações acertadas ou malsucedidas do que pela formulação de regras abstratas. Costuma-se exigir que a linguagem das leis seja breve. A brevidade pode produzir excelentes efeitos, como mostram os decretos populares romanos e os editos dos pretores. Mas existe uma brevidade árida e inexpressiva, característica de quem não domina a linguagem como instrumento, que é, portanto, ineficaz. Muitos documentos jurídicos da Idade Média oferecem exemplos disso. Por outro lado, a amplitude excessiva pode ser inteiramente repreensível e até insuportável, como se vê em muitas constituições de Justiniano e na maioria das Novelas do *Codex Theodosianus*. Mas há também uma amplitude eloquente e altamente eficaz, observável em muitos trechos das *Pandectas*.

Ao resumirmos aquilo que foi dito aqui sobre um código excelente, fica claro que pouquíssimas épocas estão à altura das exigências para isso. Nos povos jovens, embora haja uma percepção viva de seu direito peculiar, faltam-lhes linguagem e arte lógica, e eles muitas vezes não são capazes de expor de modo adequado o que há de melhor. Por isso, não conseguem reproduzir individualmente uma matéria que é eminentemente individual. Exemplos disso são encontrados nas leis medievais já mencionadas. E se tivéssemos diante de nós as Doze Tábuas completas, talvez a impressão fosse semelhante. Nas épocas de decadência, por sua vez, falta tudo: tanto o conhecimento da matéria quanto a arte da linguagem. Resta apenas um tempo intermediário,

21. Bacon, *De augm. scient.*, l. 8, c. 3: "Os jurisconsultos, porém, ... falam como se estivessem acorrentados".

aquele que, especialmente para o direito, pode ser considerado o ápice da cultura, mesmo que não o seja em outros âmbitos. Mas uma época assim não sente para si mesma a necessidade de um código. Poderia elaborá-lo apenas a uma época pior, a fim de, por assim dizer, acumular provisões para o inverno. No entanto, são raros os tempos dispostos a tal precaução para com filhos e netos.

4
DIREITO ROMANO

As considerações gerais sobre o surgimento do direito e dos códigos tornam-se mais claras e convincentes quando aplicadas ao Direito Romano e ao direito na Alemanha.

Não é raro que os defensores do Direito Romano encontrem seu valor no fato de que ele conteria as regras da justiça em pureza exemplar, podendo assim ser considerado uma espécie de direito natural sancionado. Olhando de perto, percebemos que a maior parte é abandonada posteriormente por ser limitadora ou sofisticada demais e, na maioria das vezes, a admiração fica presa na teoria dos contratos. Abrindo-se mão das antigas promessas formais e outras práticas supersticiosas, a equidade desse direito seria extraordinariamente grande; alguém chegou até mesmo a chamá-lo de "a expressão dos sentimentos colocados pelo próprio Deus no coração dos homens".[22] No entanto, esse elemento material do Direito Romano, assim exaltado, é de natureza tão geral que poderia ser descoberto simplesmente pelo bom senso, mesmo sem qualquer formação jurídica. Não valeria a pena recorrer a leis e juristas de dois

[22] *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, qui précède le *Code de Napoléon*, Paris 1807, par [illegible] de Préameneu, p. IX.

mil anos atrás por tão pequeno ganho. Procuremos, portanto, examinar mais de perto as particularidades do Direito Romano. O fato de ele possuir um significado muito diverso do que essas opiniões supõem já é algo que se pode antecipar, pois trata-se do único direito de um grande povo, de longa duração, que se desenvolveu de modo plenamente nacional e ininterrupto e que, em todas as épocas de sua história, foi cultivado com notável zelo.

Se olharmos primeiramente para os livros jurídicos justinianos, ou seja, a forma sob a qual o Direito Romano foi transmitido aos povos da Europa medieval, não podemos deixar de reconhecer neles um tempo de decadência. O núcleo dessas obras é uma compilação de escritos de uma época clássica já perdida e tida como inigualável, o que o próprio Justiniano reconhecia. Portanto, a época clássica, a de Papiniano e Ulpiano, é o período ao qual devemos dirigir nossa atenção. Tentaremos traçar um retrato do modo de pensar desses juristas.

Já mostramos acima (p. 67-69) que o fundamento de todo êxito da ciência jurídica reside na posse dos princípios fundamentais, e justamente essa posse constitui a grandeza dos juristas romanos. Os conceitos e regras de sua ciência não lhes aparecem como produtos que saíram do intelecto, mas como verdadeiras entidades, cuja existência e genealogia se lhes tornaram conhecidas pelo convívio íntimo e prolongado com sua matéria. Por isso, todo o seu procedimento ostenta uma segurança que não se encontra em parte alguma, exceto na matemática. Pode-se dizer, sem exagero, que eles fazem cálculos com seus conceitos. Esse método, porém, não é privilégio de um ou outro autor mais notável. Ele é patrimônio comum de todos. Ainda que entre eles houvesse graus diversos de perfeição na aplicação, o método permaneceu sempre o mesmo. Mesmo que possuíssemos hoje todos os seus escritos na íntegra, encontraríamos neles muito menos individualidade do que em qualquer outra literatura. Todos parecem trabalhar em uma mesma grande obra. Desse modo, a ideia que está por trás da compilação das *Pandectas* não deve ser rejeitada de imediato. Quão profundamente enraizada estava essa comunidade científica dos juristas romanos em tal posse vê-se no fato de que eles atribuíam pouco valor aos meios externos dessa comunidade. A maior parte de suas definições é imperfeita, mas essa imperfeição

não causa qualquer prejuízo à precisão e segurança de seus conceitos. Para compensar isso, possuíam um instrumento muito mais poderoso, não dependente da vontade: uma linguagem técnica artificial, lapidar, tão ajustada à ciência que ambas parecem constituir uma unidade inseparável. Poder-se-ia suspeitar que, com tamanhas vantagens, surgiria certa unilateralidade. De fato, o direito não possui existência própria. Ele deriva da vida das pessoas, vista de um ângulo particular. Assim, se a ciência jurídica se afasta demais desse objeto vivo, ela pode desenvolver-se isoladamente, alcançando alto grau de elaboração formal, mas à custa da realidade. Contudo, é precisamente nesse ponto que o método dos juristas romanos revela seu caráter extraordinário. Quando precisam avaliar um caso, partem sempre de sua visão mais viva. Diante de nossos olhos, as situações jurídicas nascem e se desenvolvem passo a passo. É como se aquele caso fosse o ponto de partida de toda a ciência, a ser ali inventada. Para eles, não há ruptura entre teoria e prática. A teoria é desenvolvida até o limite de sua aplicação, e a prática é continuamente enobrecida pelo tratamento científico. Em cada princípio enxergam, ao mesmo tempo, um caso para aplicação, e em cada caso jurídico, ao mesmo tempo, a regra que o determina. Sua mestria aparece justamente na facilidade com que transitam do geral ao particular e deste àquele. Nesse método de encontrar e ordenar o direito reside seu valor característico, ponto em que se assemelham aos antigos juristas germânicos, cuja arte consistia, do mesmo modo, em reconhecer e transmitir o essencial sem perder a clareza e vivacidade que caracterizavam as épocas mais antigas.

Essa alta cultura da ciência jurídica romana, tal como se apresenta no início do terceiro século da nossa era cristã, é algo tão singular que devemos recorrer à história para compreendê-la. Seria um grave erro considerá-la uma invenção isolada de uma época privilegiada e sem ligação com o passado. Ao contrário, o material dessa ciência já existia e remonta, na maior parte, à República livre. E não apenas o material, mas também aquele método admirável tem suas raízes no período da liberdade. A grandeza de Roma provém de seu senso político vivo e ágil, pelo qual o povo era capaz de renovar continuamente as formas de sua constituição, sempre de modo que o novo servisse apenas para desenvolver o antigo, equilibrando forças insistentes e progressivas. Essa capacidade atuava tanto na constituição quanto no direito civil. No campo político, porém, esse espírito se perdeu antes do fim da República. No direito civil, ao contrário, ele pôde continuar atuando por séculos, pois ali não encontrou as mesmas causas de corrupção. Assim, o caráter romano manifestou-se também no direito civil: na manutenção do antigo, sem apego servil ao que já não correspondia à consciência popular. Por isso, a história do Direito Romano até a época clássica mostra em toda parte um desenvolvimento lento e inteiramente orgânico. Quando surgia uma nova figura jurídica, ela era imediatamente ligada a uma figura já existente, recebendo desta seu contorno e formação. É nesse sentido que se deve compreender o conceito de ficção, tão importante para o desenvolvimento do Direito Romano e tão ridiculamente mal compreendido pelos autores modernos. Assim, *bonorum possessio* ao lado de *hereditas*; *actio Publiciana* ao lado de *rei vindicatio*; *actiones utiles* ao lado das *directae*. E como o pensamento jurídico se desenvolvia da maior simplicidade à formação com grande diversidade continuamente, sem interferência externa ou interrupção, sua rica formação ofereceu aos juristas romanos, mesmo séculos depois, a possibilidade de dominar inteiramente sua matéria, o que é exatamente o que admiramos neles. Da mesma forma que observamos acima que, na época clássica, a ciência era patrimônio comum dos juristas, reconhecemos também uma continuidade semelhante entre épocas diversas, o que nos leva a concluir que esse gênio jurídico, característico do Direito Romano, não pertence a indivíduos isolados, mas à nação como um todo. Quando examinamos a formação literária

que assegurou ao Direito Romano sua influência duradoura e incomparável sobre povos e épocas posteriores, devemos reconhecer a época de Papiniano e Ulpiano como a mais nobre. E se tivéssemos livros jurídicos inteiros da época de Cícero ou de Augusto, dificilmente poderíamos deixar de notar sua imperfeição em comparação com a época clássica, por mais valiosos que fossem para o nosso conhecimento.

À luz dessa exposição, está claro que o Direito Romano se desenvolveu quase inteiramente de dentro para fora, como direito consuetudinário; e, considerando o conjunto, sua história mostra quão pequena foi a influência da legislação propriamente dita enquanto o direito permaneceu vivo. Mesmo quanto à necessidade de um código, a história do Direito Romano nos oferece grande ensinamento. Enquanto o direito estava em progresso vivo, não se considerava a elaboração de um código, mesmo quando as circunstâncias eram vantajosas. Durante a época clássica, não teria sido difícil compor um código. Os três grandes juristas Papiniano, Ulpiano e Paulo eram *praefecti praetorio* e certamente não lhes faltavam interesse pelo direito nem poder político para criar um código, se o tivessem julgado útil ou necessário. Contudo, não vemos qualquer indício de uma tentativa nesse sentido. Apenas quando César, sentindo sua própria força e a decadência de seu tempo, quis fazer prevalecer exclusivamente sua vontade em Roma, pensou em criar um código no nosso sentido.[23] E quando no século VI toda a vida espiritual havia desaparecido, procuraram-se remanescentes de épocas anteriores para satisfazer às necessidades do momento. Assim surgiram, em curto espaço de tempo, vários códigos romano-bárbaros: o *Édito* de Teodorico, o *Breviarium* visigótico, o assim chamado *Papianus* e, por fim, os livros jurídicos de Justiniano. Provavelmente pouca coisa teria sobrevivido da literatura jurídica romana se esses códigos não existissem, e dificilmente o Direito Romano teria penetrado na Europa medieval se não fosse pela presença, entre esses códigos, dos de Justiniano, nos quais ainda se reconhece o espírito do antigo direito.

23. Suetônio, *De vita Caesarum*, c. 44: "Dar ao direito civil uma ordenação precisa e, da [illegible] difusa cópia de leis, condensar o melhor e o indispensável em poucos volumes".

Quanto ao valor material do Direito Romano, as opiniões podem divergir muito, mas todos que têm autoridade para julgar concordam quanto à mestria de seu método jurídico. Contudo, tal autoridade só pode ser atribuída àqueles que, de modo imparcial e com senso literário, leem as fontes romanas. Quem apenas as conhece por compêndios ou por aulas, ou seja, de segunda mão, mesmo que tenha consultado alguns trechos isolados, não tem voz nesse debate. Para tais leitores, qualquer opinião é possível, inclusive a de um célebre professor francês que afirmou que o Direito Romano, na época dos juristas antigos, era composto de uma quantidade incontável de decisões e regras individuais, impossíveis de abarcar pela vida de um só homem, bem como que somente sob Justiniano /13/"a legislação romana saiu do caos", sendo este ainda imperfeito até a aparição do Código Napoleônico, considerado por ele o primeiro código completo.[24]

[24] *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, qui précède le *Code de Napoléon*, Paris 1807, par [illegible] de Préameneu.

5
O DIREITO CIVIL NA ALEMANHA

Com exceção dos tempos muito recentes, vigorou em toda a Alemanha um direito civil uniforme sob o nome de *direito comum*, o qual foi, em maior ou menor grau, modificado pelos direitos particulares dos diversos territórios, mas em nenhum lugar completamente suprimido. A principal fonte desse direito comum foram os livros jurídicos de Justiniano, cuja simples aplicação às condições alemãs, contudo, por si só já havia produzido importantes modificações. Sempre foi esse direito comum o campo ao qual os juristas dedicaram a maior parte de sua atividade científica. Mas justamente contra esse elemento estrangeiro do nosso direito levantaram-se as mais duras reclamações. O Direito Romano, assim se disse, teria nos tirado nossa nacionalidade jurídica, e somente o tratamento de exclusão que lhe deram nossos juristas teria impedido que o direito nacional alcançasse uma formação igualmente independente e científica. Reclamações desse tipo são, porém, vazias e infundadas. Pressupõem que algo meramente acidental e arbitrário tenha ocorrido, algo que não teria acontecido por necessidade interna ou que, ao menos, não se teria mantido se fosse realmente contrário à natureza das coisas. Além disso, um desenvolvimento nacional completo, como o dos antigos povos, não se encontra no caminho que a

natureza traçou aos povos modernos. Assim como sua religião não lhes pertence exclusivamente e sua literatura não está isenta das mais poderosas influências externas, também um direito civil estrangeiro e comum não é, para eles, algo antinatural. E essa influência sobre sua formação e literatura não foi apenas externa, mas predominantemente romana, tão romana quanto a influência que pesa sobre o nosso direito. Mas, nesse caso, a opinião se baseia em um erro especial. Pois, mesmo sem qualquer interferência romana, não teria sido possível um desenvolvimento do direito alemão totalmente autônomo. Faltavam todas as condições que tanto beneficiaram o direito civil romano. Entre essas vantagens, contam-se a permanência do território, pois, até a queda do Império Ocidental, a cidade de Roma, originalmente idêntica ao próprio Estado, permaneceu como seu centro fixo. Enquanto isso, as tribos germânicas migraram, conquistaram e foram conquistadas, e o seu direito foi, por consequência, disperso por toda parte, sem possuir um local imutável, muito menos um único centro. Ademais, muito cedo as tribos germânicas passaram por transformações de enorme profundidade, às quais Roma jamais foi submetida. Mesmo as alterações constitucionais sob Augusto e Constantino não afetaram de modo direto o direito civil e tampouco modificaram os conceitos fundamentais do direito público, como, por exemplo, o da *civitas*. Na Alemanha, ao contrário, quando o sistema feudal havia alcançado plena formação, na verdade nada restava da antiga tradição. Tudo, com exceção de formas e nomes, fora transformado desde a base, e essa profunda modificação já estava consumada quando o Direito Romano penetrou na Alemanha.

No capítulo anterior demonstrou-se a importância do Direito Romano como modelo de método jurídico. Por sua relação com o direito comum, ele possui agora também grande importância histórica para a Alemanha. É completamente equivocado tentar limitar essa importância histórica apenas aos casos que são decididos diretamente segundo o Direito Romano. Não somente nos direitos territoriais muito é puro Direito Romano e só pode ser compreendido em seu contexto romano original, mas mesmo onde suas disposições foram deliberadamente abandonadas, foi muitas vezes o Direito Romano que determinou a direção e a forma do direito novo introduzido. Em tais situações, a própria

tarefa a ser resolvida pelo novo direito não poderia sequer ser compreendida sem o Direito Romano. Porém, o direito alemão, tal como preservado nos direitos territoriais, compartilha essa importância histórica com o Direito Romano, de tal modo que os direitos territoriais ficam incompreensíveis se não forem rastreados de volta à fonte comum.

Já havia muitas queixas sobre esse estado complexo e confuso das fontes jurídicas na Alemanha, resultado da combinação entre o direito comum, que é, por si, composto de diversos estratos, e os direitos territoriais.[25] As críticas que dizem respeito ao estudo das fontes serão tratadas mais adiante. Outras, porém, referem-se à própria aplicação do direito.

Em primeiro lugar, imputou-se a esse estado misto a duração excessiva dos processos em muitos territórios alemães. Ninguém vai negar que esse mal exista ou afirmar que seja irrelevante, mas seria atribuir importância demasiada aos juízes nesses territórios supor que eles consumam tanto tempo em hesitações teóricas. Um compêndio ou manual bastaria para suprimir esse mal, talvez não da melhor forma, mas certamente sem empregar mais tempo do que exigiria o melhor dos códigos modernos. Aquele mal provém da forma viciada dos processos em muitos territórios e sua reforma é, de fato, uma das necessidades mais urgentes. As fontes do direito civil não têm culpa desse problema. Nenhum observador imparcial que tenha lido autos reais negará esse fato, e até mesmo a experiência de certos territórios, como, por exemplo, Hessen, o confirma. Ali, a administração da justiça há muito foi boa e célere, embora vigorassem, na mesma medida, tanto o direito comum quanto o direito territorial. O mesmo se aplica aos territórios em que os processos são intermináveis.

Em segundo lugar, queixa-se da grande diversidade de direitos territoriais. Essa queixa é ainda mais ampla do que a primeira, pois muitas vezes, em diferentes províncias e até mesmo em cidades dentro de um mesmo território, vigem direitos distintos. Diz-se repetidamente que a

25. "Direito comum" (*gemeines Recht*) designa, aqui, o *jus commune* romano-canônico que, até o século XIX, servia de base subsidiária em grande parte da Alemanha. "Direito territorial" (*Landrecht*, *Landesrecht*) refere-se às normas particulares de cada território ou principado alemão, muitas vezes codificadas ou estatutárias. Savigny insiste na tensão, mas também na complementaridade, entre esse direito comum supralocal e os direitos territoriais. (N. do E.)

administração da justiça e as relações jurídicas sofrem com essa diversidade, mas não há experiência que comprove tal prejuízo e, na maior parte dos casos, a verdadeira causa deve ser buscada em outro lugar. Aqui age a força indescritível que a mera ideia de uniformidade exerce, há tanto tempo, em todas as direções da vida europeia, uma força contra cujo abuso Montesquieu[26] já advertira.[27] Convém examinar mais de perto essa uniformidade em sua aplicação específica. O argumento mais importante em favor da uniformidade jurídica é o seguinte: o amor à pátria comum aumentaria com ela e se enfraqueceria pela diversidade dos direitos privados. Se isso fosse verdade, todo alemão sensato desejaria ardentemente que o mesmo direito vigorasse em todas as regiões da Alemanha. Mas é precisamente essa condição que deve ser analisada.

Em todo ser orgânico e, portanto, também no Estado, a saúde repousa sobre o equilíbrio entre o todo e as partes, de modo que cada uma delas experimente justiça. É algo muito comum — e todos reconhecem tal estado como não natural e doentio — que um cidadão, uma cidade ou uma província se esqueça do Estado ao qual pertence. Mas, da mesma forma, o amor vivo ao todo somente pode brotar da participação viva em todas as relações particulares. Somente quem representa com empenho sua própria casa será um cidadão exemplar. Por isso, é equívoco acreditar que o geral ganhe vida mediante a destruição de todas as relações individuais. Se fosse possível criar em cada classe, em cada cidade e até em cada aldeia um sentimento de autoestima, então dessas vidas individuais fortalecidas e multiplicadas brotaria uma força maior para o todo. Por isso, o direito particular das diversas províncias e cidades não deve ser considerado uma desvantagem quando se trata da influência do direito civil sobre o sentimento patriótico. O que merece elogios, nesse sentido, é o direito civil quando ele toca o sentimento e a

26. Charles-Louis de Montesquieu (1689–1755), em *De l'Esprit des Lois* ("O espírito das leis", 1748), examina a relação entre leis, costumes e "espírito geral" de cada povo. Savigny recorre a essa autoridade para sustentar que o direito civil não é um produto neutro da razão abstrata, mas está ligado às condições históricas e sociais de uma nação; daí a crítica a codificações transplantadas ou desvinculadas da tradição jurídica. (N. do E.)

27. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, XXIX, 18.

consciência do povo ou quando é capaz de fazê-lo. Merece repreensão, porém, quando aparece ao povo como algo alheio, produzido por arbitrariedade e, portanto, incapaz de suscitar participação. E esse será justamente o caso, mais facilmente e com maior frequência, quando certas regiões possuírem um direito diverso, embora nem todo direito particular de uma cidade seja necessariamente um direito popular. Sim: para esse objetivo político, nenhum estado do direito civil parece melhor do que aquele que vigorava na antiga Alemanha: uma grande diversidade e particularidade no âmbito local, mas, como fundamento comum em toda parte, o direito comum, que fazia todas as tribos alemãs recordarem sempre a sua unidade indissolúvel.[28] O pior aspecto, sob esse ponto de vista, consiste na fácil e arbitrária alteração do direito civil; e ainda que tal mudança pudesse assegurar simplicidade e comodidade, esse ganho não poderia ser levado em conta como argumento contra a desvantagem política. O que é obra de mãos humanas, feito diante de nossos olhos, será, no sentimento do povo, sempre distinto daquilo cuja origem não é assim tão visível e palpável. E, se em nosso zelo louvável, chamamos essa distinção de preconceito cego, não devemos esquecer que toda fé e todo sentimento voltado ao que não é igual a nós, mas superior a nós, repousam em uma disposição espiritual semelhante. A afinidade entre esses fenômenos poderia nos levar a duvidar do caráter repreensível dessa distinção.[29]

28. Savigny interpreta o antigo *gemeines Recht* romano-germânico como um fator de unidade jurídica entre os diversos territórios alemães. Apesar da grande diversidade local, a referência comum às fontes romano-canônicas criava um horizonte doutrinário compartilhado. Essa leitura sustenta a ideia de que a unidade alemã poderia se apoiar na ciência do direito comum, e não apenas em um código nacional uniforme. (N. do E.)

29. Vide o que Rehberg diz sobre a uniformidade do direito com relação ao Código Napoleônico na p. 33 *et seq.*; e, sobre as consequências de uma completa transformação do direito, na p. 57 *et seq.*

6
NOSSA VOCAÇÃO PARA A LEGISLAÇÃO

No capítulo anterior, tratamos dos fundamentos sobre os quais costuma ser construída a necessidade de um código. Agora, cabe analisar a capacidade para tal. Sem essa capacidade, um código conduz apenas ao agravamento da situação existente.[30]

Bacon exigia que, quanto à compreensão, a época na qual um código é elaborado fosse superior às épocas anteriores. Como consequência necessária, devemos negar tal capacidade a determinadas épocas, ainda que, sob outros aspectos, possam ser consideradas cultas. Em tempos mais recentes, sobretudo entre os adversários do Direito Romano, não raro se reagiu de forma exaltada a essa opinião. Pois a razão, dizem, seria comum a todos os povos e épocas, e, uma vez que ainda dispomos da experiência acumulada das épocas passadas, aquilo que criamos deveria ser necessariamente melhor do que o que existiu antes. Mas é precisamente essa opinião, de que toda época teria vocação para tudo, o mais repreensível dos preconceitos. Assim como

30. Nesse capítulo, fica claro que a noção de "vocação" (*Beruf*) articula a crítica de Savigny ao projeto de codificação. Contra a confiança iluminista em uma razão a-histórica, ele sustenta que cada época está incumbida de tarefas específicas para as quais está ou não preparada. No seu entender, a Alemanha do começo do século XIX não teria vocação para grandes códigos, mas para o fortalecimento da ciência jurídica histórico-sistemática. (N. do E.)

nas belas-artes reconhecemos sem dificuldade que o contrário é verdadeiro, por que não admitir o mesmo quanto ao Estado e ao direito?

As expectativas de um leigo em relação a um código variam amplamente conforme os diferentes objetos do direito. Mesmo aqui, contudo, revela-se o duplo elemento que compõe o direito como um todo, aquilo que acima chamei de elemento político e elemento técnico. O público participa de modo mais imediato de certos objetos; outros lhe passam despercebidos e são entregues quase inteiramente à técnica jurídica. Aqueles pertencem sobretudo ao direito de família; estes, ao direito patrimonial, especialmente em seus fundamentos.[31] Como representantes desses dois grupos, tomaremos o matrimônio e a propriedade, mas o que se dirá sobre eles vale igualmente para as demais categorias a que pertencem.

O matrimônio pertence apenas parcialmente ao direito. Em grande parte, pertence à moral. Qualquer direito matrimonial torna-se ininteligível se não for considerado em conexão com esse complemento necessário. Nas épocas mais recentes, que se ligam à história da Igreja cristã, o ponto de vista não jurídico dessa relação tornou-se em parte superficial e em parte instável, e indeterminado em alto grau. Tanto essa superficialidade quanto essa instabilidade transmitiram-se ao próprio matrimônio. Quem observar atentamente o direito matrimonial e sua prática não terá dúvida a esse respeito. Aqueles que acreditam que qualquer mal espera apenas por uma lei para desaparecer, imediatamente reconhecerão com satisfação esse estado triste, a fim de fundamentar a necessidade de uma legislação forte e eficaz. No entanto, considero infundada exatamente essa esperança excessiva depositada na lei. Quando, no conjunto, desponta uma orientação clara e louvável, esta pode ser fortalecida pela legislação, mas não nasce dela. Onde tal orientação falta por completo, toda tentativa de uma legislação exaustiva não faz senão agravar a instabilidade do estado atual e dificultar a cura.

Passemos agora à análise daqueles objetos que, como a propriedade, são encarados com indiferença pelo público leigo e sobre os quais

31. As discussões do Secretário do Estado francês sobre o Código mostram um resumo bem-organizado sobre a relação dessas partes: naquelas, os juristas não foram capazes de encerrar o assunto, e destas, muitas vezes, nem sequer se falava.

muitos juristas afirmam que poderiam ser regulados da mesma forma, independentemente das circunstâncias,[32] submetendo-os inteiramente à técnica jurídica.

O simples fato de os juristas sustentarem essa opinião já é, por si só, prova de um estado coletivo carente de força criadora de direito. Pois, onde essa força está viva, tais relações jamais são indiferentes, mas necessárias e próprias, como demonstra a história de todo direito originário. Admitido, porém, que este seja o estado atual, nossa capacidade legislativa dependerá do valor e do grau de formação da nossa técnica jurídica. Nossa análise deve, portanto, dirigir-se antes de tudo a ela.

Infelizmente, todo o século XVIII, na Alemanha, careceu de grandes juristas. Houve muitos estudiosos diligentes que prestaram valiosos trabalhos preparatórios, mas raramente se avançou além deles. Dois sentidos são indispensáveis ao jurista. O sentido histórico, para apreender com precisão o caráter próprio de cada época e forma jurídica; e o sentido sistemático, para compreender cada conceito e regra em sua conexão vital com o todo, isto é, na única relação verdadeira e natural. Entre os juristas do século XVIII, esse duplo sentido científico quase não se encontra. A isso se somou uma inclinação superficial e dispersa pela filosofia, que exerceu influência negativa.

É sempre difícil julgar com exatidão a época em que se vive, mas, salvo se todos os sinais enganam, um novo espírito entrou em nossa ciência, capaz de elevá-la futuramente a uma formação peculiar. Contudo, pouco ainda se pode dizer dessa formação, razão pela qual nego à nossa época a capacidade de produzir um código louvável. Muitos poderão considerar esse juízo exagerado, mas desafio quem sustente o contrário a indicar, entre o número nada pequeno de sistemas do Direito Romano-Germânico, um só que seja excelente como código e não apenas útil para este ou aquele fim especial (pois desses temos muitos), mas excelente como código propriamente dito, o que pressupõe uma exposição que possua forma própria e independente e, ao mesmo tempo, apresente a matéria de modo vivo. No Direito Romano, por exemplo, seria decisivo que o método dos antigos juristas, o espírito que permeia as *Pandectas*,

[32] Thibaut, *op. cit.*, p. 54.

fosse reconhecível. Eu próprio ficaria feliz em saber onde isso ocorre em nossos sistemas. Se um trabalho que exige tanto esforço e tantos bons talentos ainda não alcançou êxito, posso afirmar que um bom código não é possível em nossos tempos, pois a tarefa não é outra, apenas mais difícil. Há, porém, mais uma prova de nossa incapacidade. Se compararmos nossa literatura jurídica ao conjunto da formação literária alemã e examinarmos se aquela acompanhou esta à altura, concluiremos que não, que, ao contrário, a relação difere completamente daquela existente entre os juristas romanos e a literatura romana. Não há nisso nenhum demérito, pois nossa tarefa é imensamente maior e mais difícil que a dos juristas romanos. Mas exatamente por essa grandeza não devemos, por conforto ou egoísmo, fechar os olhos para as dificuldades nem crer que já alcançamos nosso destino quando ainda nos encontramos muito distantes dele.

Se, de fato, não possuímos aquilo que é necessário para elaborar um bom código, não devemos imaginar que o empreendimento seja apenas uma esperança frustrada a qual, no pior dos casos, não nos faria retroceder. Já vimos (p. 69) o grande perigo existente quando um estado de conhecimento deficiente é fixado pela autoridade externa; esse perigo é tanto maior quanto mais amplo for o empreendimento e quanto mais ele estiver ligado ao crescente interesse nacional. Os exemplos disponíveis não traçam um quadro suficientemente claro, e, por essa razão, desejo ilustrar o que pode ocorrer nesse sentido, recordando o período após a queda do Império Romano do Ocidente, no qual um estado incompleto de conhecimento jurídico foi fixado (p. 83). O único caso que aqui se mostra comparável é o Édito de Teodorico, o godo oriental, pois nele se pretendia apenas apresentar o direito existente em forma nova e própria. Estou longe de pensar que aquilo que possamos produzir hoje seria semelhante a esse Édito, pois a diferença de circunstâncias é realmente enorme. Os romanos do ano 500 tinham dificuldade em expressar com precisão o que pensavam, ao passo que nós, de certo modo, pensamos escrevendo. E naquela época não havia juristas escritores, enquanto em nossos dias certamente não faltam. A semelhança está apenas no objetivo, ou seja, tratar uma matéria histórica que não pode ser dominada e plenamente compreendida e reconhecer isso em nossa própria exposição. Nesse sentido, a desvantagem está decisivamente do nosso lado, pois, no ano 500, já não havia mais nada a deteriorar. Em nossos dias, porém, não

se pode negar um esforço vivo e ninguém pode saber quanto melhor seria privarmo-nos do futuro ao cristalizar, como definitivos, defeitos que ainda hoje reconhecemos. Pois "assim como os corpos crescem lentamente e se extinguem rapidamente, do mesmo modo você reprimirá os talentos e os estudos mais facilmente do que os fará reviver".[33]

Além disso, a linguagem é outro ponto importante a ser considerado. Pergunto a todos os que possuem sensibilidade para formas de expressão dignas e adequadas e que não veem a linguagem apenas como instrumento comum, mas como meio artístico: dispomos hoje de uma língua apta a redigir um código? Estou longe de duvidar da força intrínseca da nobre língua alemã, mas precisamente neste momento ela não está preparada para isso. Para mim, este é um sinal de que estamos novamente dentro do círculo de pensamento anteriormente descrito. À medida que a nossa ciência progredir, veremos nossa língua reviver pelo vigor de uma força fresca e original. Creio até que, em tempos recentes, retrocedemos nesse aspecto. Não conheço, em todo o século XVIII, uma única lei alemã que, em seriedade e força expressiva, possa ser comparada à Ordenação Criminal de Carlos V.

Sei qual seria a resposta a esses argumentos, mesmo que todos sejam admitidos como corretos. Dir-se-ia que a força do espírito humano é infinita e que, mediante esforços de boa-fé, poderia surgir em nossos dias, repentinamente, uma obra na qual nenhum desses defeitos seja perceptível. A todos é lícito tentar; não falta a atenção dos nossos tempos e não há perigo de que um verdadeiro êxito passe despercebido.

Até aqui examinei a capacidade da nossa época de criar uma legislação geral, como se ainda não houvessem sido feitas tentativas nesse sentido. Agora, dedicarei minha análise aos códigos que os tempos mais recentes efetivamente produziram.

[33] Tácito, *De vita et moribus Iulii Agricolae*, c. 3.

7
OS TRÊS NOVOS CÓDIGOS

A crítica completa de um código — a qual, necessariamente, deveria ser mais extensa que o próprio código — não pode ser empreendida no âmbito de um texto breve. Também aqui, não importa tanto o valor dos códigos em si, quanto a probabilidade que nos oferecem a favor ou contra o êxito de um novo empreendimento desse tipo, pois todos têm origem naquele estado de formação jurídica ao qual negamos acima a capacidade de elaborar um bom código e, por conseguinte, poderão servir historicamente para confirmar ou refutar nossa afirmação. Em primeiro lugar, tratarei do Código Napoleônico, porque somente sobre ele se tornaram públicos debates amplos que podem servir diretamente ao nosso objetivo.[34]

34. Farei referência às seguintes obras: *Conférence du Code civil avec la discussion ... du Conseil d'État et du tribunal*, Paris, Didot, 1805, vol. 8; — *Code civil suivi de l'exposé des motifs* (as exposições no *corps législatif*), Paris, Didot, 1804, vol. 8; — Crussaire, *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de Code civil*, Paris, 1802; — Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 2ª ed., Paris, 1807, vol. 4. O Código e o *Projet de Code civil* são suficientemente conhecidos.

Os elementos políticos da legislação exerceram mais influência do que os técnicos sobre o Código, e, por essa mesma razão, ele alterou mais os direitos existentes do que os códigos alemães. As razões e a natureza dessa influência predominante foram apresentadas recentemente e de forma minuciosa em um texto muito inteligente,[35] cujas opiniões posso aqui apenas resumir. No tempo da antiga Constituição, a Revolução destruiu grande parte do direito civil, mais por um impulso cego contra aquilo que existia e por expectativas excessivas e sem sentido quanto a um futuro indeterminado do que conduzida pelo propósito deliberado de instaurar um estado considerado bom. Quando Napoleão submeteu tudo ao seu despotismo militar, conservou aquela parte da Revolução que lhe era útil e excluiu o retorno à antiga Constituição, mas o restante, que já causava repulsa geral, deveria desaparecer. Porém, isso não foi possível em todos os âmbitos, porque os efeitos dos anos passados sobre a cultura, os costumes e o espírito público não podiam ser apagados. Esse retorno parcial ao estado anterior, no entanto, foi benéfico e deu ao Código então elaborado seu norte principal. No entanto, esse retorno foi mais fruto de cansaço e desalento do que propriamente manifestação da vitória de forças e espíritos mais nobres. Aliás, não teria restado espaço para estes no estado público que então se formava e que logo iria se tornar um flagelo para a Europa. Esse estado interior de insegurança torna-se evidente nas discussões do Conselho de Estado e qualquer leitor perceberá ali uma situação inconsolável. Somava-se ainda a influência direta da Constituição: teoricamente, quando o Código foi elaborado, era republicana no sentido da Revolução. Na prática, porém, tudo se inclinava ao despotismo que se desenvolveu posteriormente. Daí surgiram, nos próprios princípios, instabilidade e mutabilidade. Assim, por exemplo, Napoleão declarou em 1803, no Conselho de Estado, que os fideicomissos de família eram nocivos, imorais e irrazoáveis,[36] mas em 1806 eles foram reintroduzidos e retornaram ao Código em 1807. Ainda

35. A. W. Rehberg, *Über den Code Napoleon*, Hannover, 1814, 8.

36. *Conférence du code civil*, t. 4, p. 126: "Essas substituições eram contrárias ao interesse da agricultura, aos bons costumes, à razão; ninguém pensa em restabelecê-las".

mais perigoso para o espírito público foi o fato de que o último objeto frequentemente invocado de fé e respeito foi destruído pela rapidez das mudanças. Expressões e formas entravam constantemente em contradição com os conceitos, de modo que o último resquício de verdade e postura moral necessariamente desaparecia. Seria difícil imaginar um estado mais prejudicial à legislação do que esse. Ademais, não é raro que entre os franceses transpareça, mesmo nos elogios, o sentimento desse estado lamentável e da imperfeição dos trabalhos nele fundados.[37] Para a França, o Código representou um passo de retorno. Para a Alemanha, não alcançada pela praga dessa Revolução, teria sido um passo rumo ao estado revolucionário e, por conseguinte, ainda mais nocivo e incurável.[38] Felizmente, todas essas considerações têm para nós, alemães, apenas interesse histórico. Napoleão pretendia algo diferente com o Código: ele servia antes como laço de domínio sobre os povos e, por isso, teria sido nocivo e detestável para nós mesmo se tivesse todo o valor interno que de fato lhe falta. Fomos libertos daquela humilhação e, em breve, nada restará senão a lembrança de que alguns juristas, mesmo sem qualquer vocação exterior, se divertiam com esse instrumento e nos prometiam salvação com aquilo que, na verdade, tinha por destino nos arruinar. Agora, o Código assumiu outra posição diante da Europa, e podemos tranquilamente considerá-lo apenas como um código para a França.

Passemos agora à parte técnica do Código, que poderia ser concebida mesmo sem toda a Revolução, pois contém direito que já existia anteriormente.[39] Esse direito já existente, porém, é composto parcialmente de Direito Romano e parcialmente de direito francês (*cou-*

37. Em alguns lugares, cf. Rehberg, *Über den Code Napoleon*, p. 141, 163, 177, 187.

38. Essas são, em resumo, as opiniões de Rehberg, e não vejo como se pode acusá-lo de amargura: a aplicação a alguns lugares realmente pode ser contestada.

39. A análise detalhada dessa parte do Código não foi o objetivo de Rehberg. Muitas observações relevantes encontram-se na resenha de Thibaut ao escrito de Rehberg publicado no *Heidelberger Jahrbuch*, 1814, p. 1 *et seq.*

tumes).[40] Assim, também nessa parte, o Código introduziu em todas as regiões da França metade de um direito que não era bem-vindo,[41] e o mesmo resultado teria sido inevitável caso se tentasse introduzi-lo na Alemanha. Independentemente disso, devemos agora examinar o trabalho em si. Mesmo na Alemanha, não raro louvou-se a seriedade e a minuciosidade com que se teria conduzido esse trabalho.[42] Não se pode negar que, em poucos meses, com base no *projet de code civil*, os quatro redatores foram bem-sucedidos. Porém, tudo aquilo de que o projeto carecia deveria ter sido completado na discussão do Conselho de Estado, esse orgulho da administração francesa. É verdade que, nessas discussões, surgiram ocasionalmente boas ideias, mas seu caráter geral foi corretamente descrito por Thibaut como divagação superficial e confusão, cada qual seguindo uma direção diversa.[43] Contudo, o essencial, o aspecto técnico propriamente dito, do qual dependia o verdadeiro valor do Código, praticamente não foi abordado. E como poderia sê-lo? A um colegiado tão numeroso e heterogêneo era possível explicar questões simples como, por exemplo, se o pai deveria dotar a filha ou se a compra poderia ser anulada por grave lesão. Mas a teoria geral dos direitos reais e das obrigações não é matéria compreensível sem sólido preparo científico.

Na verdade, ela sequer poderia ser tratada em uma discussão que analisava o projeto apenas cronologicamente, artigo por artigo, sem examinar o conteúdo sistematicamente e o tratamento de cada capítulo enquanto uma unidade. Assim sucedeu, por exemplo, que a discussão sobre a anulação da compra e venda foi, no mínimo, quatro vezes mais extensa

40. As *coutumes* eram compilações de costumes jurídicos locais vigentes na França do Antigo Regime. Antes de 1804, não havia um direito civil unificado na França; o Código Napoleônico resulta, em grande parte, da tentativa de harmonizar esse mosaico de *coutumes* com a tradição romano-canônica. (N. do E.)

41. Sobre isso, vide os excelentes comentários do Tribunal de Apelação de Montpellier, em Crussaire, *Analyse des observations*, p. 5–9.

42. Por exemplo, von Seidensticker, *Einleitung in den Codex Napoleon*, p. 221–224.

43. *Heidelberger Jahrbuch*, Jan. 1814, p. 12.

do que aquela dedicada aos dois primeiros capítulos dos contratos.[44] E, no entanto, qualquer conhecedor da matéria admitirá que tais questões pontuais, em contraste com as doutrinas gerais, são inteiramente irrelevantes para o valor e a utilidade do código. Desse modo, o Conselho de Estado não contribuiu para o Código sob o aspecto técnico, e este permaneceu sendo a obra rápida dos redatores, juristas reconhecidos, é verdade, mas formados em uma ciência jurídica cujo estado na França é por demais conhecido. Sabe-se que, quanto ao Direito Romano, Pothier é a referência máxima dos juristas franceses mais jovens, e nenhuma outra obra teve influência direta sobre o Código. Estou longe de desprezar Pothier. Ao contrário, qualquer ordem jurídica estaria bem-servida se o tivesse como um entre muitos, mas é preciso reconhecer que uma literatura jurídica na qual ele permanece isolado, quase reverenciado como única fonte, só pode despertar compaixão. Se examinarmos esse nível de erudição jurídica, comprovado por fatos inequívocos, ele se apresenta de maneira realmente surpreendente. Já são bastante reveladoras certas manifestações, como a de Desquiron,[45] que relata a existência de um jurista romano chamado Justus Lipsius logo após as Doze Tábuas, além do famoso Ricardus sob Teodósio II, criador do *Codex Theodosianus*. Mesmo tais monstruosidades, porém, não bastam para definir com rigor o nível médio da ciência da época. Voltemos agora diretamente aos elaboradores do Código: Bigot de Préameneu, Portalis e Maleville.[46] Parte das opiniões eruditas do primeiro já analisamos acima (p. 85). Quanto a Portalis, a seguinte análise pode ser suficiente. O art. 6 contém a seguinte disposição: "o direito público não pode ser modificado por acor-

44. Discussão sobre os arts. 1674–1685, *Conférence du code civil*, t. 6, p. 43–64; sobre os arts. 1101–1133, t. 5, p. 1–21, da qual o texto dos artigos ocupa ao menos metade do espaço.

45. A. T. Desquiron, *L'esprit des Institutes de l'Empereur Justinien conféré avec les principes du Code Napoléon,* Paris, 1807, vol. 2, na introdução histórica.

46. Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu, Jean-Étienne-Marie Portalis e Jacques de Maleville — assim como também François Denis Tronchet, não referido — compuseram a comissão redatora do Código civil francês. A *Conférence du Code civil* registra exposições oficiais e debates em torno do projeto. Na sequência, Savigny cita Portalis e outros para mostrar que os próprios autores do Código reconheciam limites da legislação escrita e a necessidade de uma ciência jurídica complementar à letra do texto codificado. (N. do E.)

dos entre particulares". Comentou-se que *jus publicum* não significaria o direito que interessa ao Estado, mas qualquer lei, sem distinção, qualquer *jus publice stabilitum*. A resposta de Portalis foi:[47] em geral, ambos os significados da expressão deveriam ser aceitos, mas a questão seria o que ela significaria neste lugar no Direito Romano. "Ora, eis como é concebido o sumário da Lei 31 do *Digesto*, no título 'De pactis': é lícito pactuar contra o teor de uma lei que contenha uma utilidade privada... Assim, o direito público é aquilo que interessa mais diretamente à sociedade do que aos particulares." Não quero falar aqui da interpretação superficial e distorcida do significado da expressão *jus publicum*, mas me pergunto: que relevância tem, para essa regra geral, a maneira pela qual os romanos conceberam regra semelhante? E, mesmo que tivesse, como seria possível demonstrar o uso linguístico dos romanos com base em um trecho de Bartolo (pois ele é o autor do *summarium*), considerando assim, de forma totalmente inadequada, juristas romanos e pós-romanos como uma massa indiferenciada? Isso significa, afinal: *tanquam e vinculis sermocinari*![48] Maleville realmente se mostra nesse livro como um homem honrado e esclarecido. Contudo, alguns aspectos de sua erudição jurídica são particularmente significativos, considerando que, durante a redação do Código, ele foi um dos representantes do Direito Romano. Ele apresenta, por exemplo, um pequeno resumo da história da usucapião e da *res mancipi*, que são singulares em seu gênero.[49] Assim, diz ele, como os romanos possuíam apenas pequenas terras nas proximidades, bastavam dois anos para a prescrição. No entanto, quando passaram a adquirir terras nas províncias, isto é, em locais distantes de Roma, exigiam-se dez anos (*longi temporis praescriptio*). *Res mancipi* seriam as terras itálicas e todas as coisas móveis. Quanto a estas, a propriedade se transferiria por tradição, e a usucapião aplicava-se apenas às *res mancipi*. Porém, nas *res nec mancipi*, ou seja, terras nas províncias, existiria uma *longi temporis praescriptio* que não exigiria título. Quem a possuía seria o *dominus bo-*

47. *Le Moniteur Universel*, an X, nº 86, 26 frimaire an X (17 décembre 1801), p. 339. O discurso faz parte dos debates que foram posteriormente suprimidos.

48. (Lat.) "falar como se estivesse acorrentado". (N. do E.)

49. Maleville, *Analyse*, t. 4, p. 358–359.

nitarius. Em outro ponto, trata-se da usucapião justiniano. Dever-se-ia distinguir entre o ladrão e o terceiro adquirente, aquele exigiria 30 anos, este se sujeitaria à *L. un. C. de usuc. transform.*, isto é, três anos,[50] como se a *res furtiva* jamais houvesse sido discutida pelos romanos. Outro caso curioso refere-se, ao mesmo tempo, a Portalis e Maleville. No tema do divórcio, recorre-se constantemente ao Direito Romano. Ocorre que ambos partem de uma história do divórcio não apenas errada, mas impossível.

Por exemplo, sustentam que o matrimônio não poderia ser dissolvido unilateralmente, mas apenas mediante consentimento mútuo, o que tornaria todo o direito das *Pandectas,* até mesmo o de Justiniano sobre o tema, completamente sem sentido. Mesmo o divórcio por mútuo consentimento teria sido, segundo eles, apenas consequência da opinião equivocada dos romanos de que o casamento estaria no mesmo nível dos demais contratos![51] E isso não diz respeito a mera curiosidade histórica, mas sim a princípios que influenciaram diretamente as discussões, como o dispositivo mais ininteligível de toda a história romana do divórcio, que, para desgosto geral, foi inserido no art. 230. Esse estado de erudição jurídica não deve, contudo, ser atribuído a arrogância ou obstinação. Nos debates sobre a rescisão da compra e venda, caiu por acaso nas mãos do Conselho de Estado a dissertação de Thomasius (*De resc. vend.*, l. 2, c.), e é comovente observar o espanto com que essa obra foi recebida, resumida e debatida.[52] Com semelhante ou melhor erudição, poderíamos servir em muitas outras matérias! Também não se deve acusar essa inocência literária de parcialidade, pois é sabido que, no século XVI, viveram na França algumas pessoas cujas obras romanísticas ainda hoje se podem ler. Eu próprio ouvi um professor de Direito em Paris dizer que, embora as obras de Cujacius não devessem faltar em nenhuma biblioteca, não mais seriam necessárias, pois tudo o que nelas houvesse de bom já poderia ser lido em Pothier.

50. *Ibid.*, p. 407.

51. *Conférence du code civil*, t. 2, p. 123, 124, 125, 136. O equívoco de Emmern (p. 139) é apenas um pouco menor.

52. *Conférence*, t. 6, p. 44.

Tal foi o solo sobre o qual o Código cresceu. Examinemos agora seus frutos. Não se almejou completude material. Tudo o que restava, portanto, eram três pontos: a seleção dos objetos, a seleção das disposições relativas a cada um dos objetos e a determinação do que deveria valer *in subsidium* quando o Código fosse insuficiente. — Para o jurista formado pela prática, a seleção dos objetos deveria ser a tarefa mais fácil, mas justamente essa parte ficou tão desajeitada que surgem lacunas perceptíveis em sua aplicação. Não foram a experiência e o senso prático que a determinaram, mas o impulso fornecido pelo tipo de ensino então comum. E, quando voltamos ainda mais para trás, muitas vezes chegamos à conclusão de que muitos objetos faltam apenas porque, nas Instituições de Justiniano, a base de tantos sistemas modernos, eles passam despercebidos, sequer aparecem ou são apenas mencionados de passagem.[53] Mas esse defeito não nos diz respeito, pois pode, de todo modo, ser facilmente evitado em qualquer empreendimento futuro.

Nesse contexto, muito mais importante e difícil é a escolha das disposições sobre os objetos efetivamente tratados, ou seja, encontrar a regra pela qual a multiplicidade dos casos individuais deva ser regida no futuro. Nesse ponto, era decisivo estar em posse dos princípios fundamentais em que se baseiam toda a segurança e toda a eficácia da atividade do jurista (p. 69) e dos quais os romanos nos oferecem modelo tão excelente. Porém, justamente nesse aspecto, o trabalho dos franceses mostra-se o mais deficiente, como demonstraremos com alguns exemplos.

Um erro fundamental que se percebe em toda parte é o fato de a teoria do direito patrimonial ser, como um todo, romana. Como se sabe, o direito patrimonial romano funda-se em dois conceitos básicos: o direito das coisas e o direito das obrigações. E todos sabem o quanto os romanos precisaram e determinaram esses conceitos com rigor. Tais conceitos básicos não apenas não são definidos em parte alguma, o que nem pretendo repreender, mas sequer são reconhecidos em sua generalidade e essa ignorância estende muito mais crepúsculo por toda a obra do que se poderia supor. Ainda assim, por mais importante que seja, esse ponto permanece

53. Exemplos de matérias importantes que faltam, parcial ou totalmente, no *Code* encontram-se no *Heidelberger Jahrbuch*, Jan. 1814, p. 13.

muito no plano geral. O tratamento da invalidade dos atos jurídicos, em sua aplicação aos contratos, aos *actes de l'état civil* e ao matrimônio, oferecerá a nós a oportunidade de descer ao particular. Para a invalidade dos contratos, o Direito Romano estabeleceu a famosa distinção entre o que é inválido *ipso jure* e o que é inválido *per exceptionem*, distinção que permaneceu eficaz no direito antigo e mais ainda no direito justiniano do que se costuma supor. No Código, entretanto, surge uma contradição entre *convention nulle de plein droit* e *action en nullité* ou *en rescision* (art. 1117).

Não nos interessa se os elaboradores desse instituto entendiam que ele funcionava do mesmo modo que no Direito Romano. Muito importante, porém, é que a teoria dessa invalidade indireta (por *action en nullité*) permaneceu indeterminada. Quase nada se encontra sobre ela além do prazo de prescrição (art. 1304), enquanto até hoje muitas diferenças bastante importantes de efeitos podem ocorrer exatamente como acontecia na época dos romanos. Uma vez levantadas essas questões, elas precisam ser determinadas de alguma forma. — Para os *actes de l'état civil* são previstas muitas formalidades que, por sua natureza, são completamente arbitrárias (l. 1, t. 2, c. 1). Mas justamente por isso era duplamente necessária a determinação dos efeitos da inobservância dessas formas. Vários tribunais chamaram atenção para essa necessidade;[54] entretanto, não há nenhuma disposição a respeito no Código. Chega-se então à conclusão de que, em Paris, considerou-se o assunto tão claro que uma determinação expressa foi reputada desnecessária. Ao contrário, Cambacérès presume que a inobservância de qualquer forma leva à nulidade, isto é, destrói toda a força probatória do instrumento. Tronchet, por outro lado, sustenta que o nascimento e a morte não dependem da forma: somente o *falsum* poderia afastar a presunção. No matrimônio, porém, tal nulidade por falta de forma seria possível.[55] Simeon, por sua vez, parte da hipótese de que a forma não observada jamais desfaria a prova e, portanto, tampouco desfaria o

54. Lyon e Rouen, no Crussaire, *Analyse des observations*, p. 43, 52.

55. *Conférence du code civil*, t. 1, p. 204, 267.

matrimônio.[56] Se isso estivesse correto, nenhuma dessas formas deveria constar do Código, mas apenas das instruções ao oficial público. E, na verdade, a própria redação do Código serve de argumento contra essa opinião. A questão torna-se ainda pior porque essas formas, nas listas dos falecidos, pelo menos em Paris, são inexequíveis e, nas províncias, também se deseja sua permanência.[57] Mas ainda mais importante é o ensinamento sobre a invalidade do casamento. Aqui, o Direito Romano havia escolhido um caminho muito simples e claro. Se uma condição necessária para um casamento válido não fosse preenchida, dizia-se: *non est matrimonium*. E qualquer pessoa que, a qualquer tempo, tivesse ânimo para tanto, podia invocar tal inexistência. Não era necessário e, de fato, sequer possível propor uma ação especial de anulação. Não havia, portanto, prescrição nem quaisquer outras restrições a esse direito. Tal simplicidade bastava porque, em qualquer outro caso, o divórcio unilateral era suficiente. É natural que, em nossos tempos, isso não bastaria e seria possível, além daqueles casos de nulidade (que eu gostaria de chamar nulidade romana), estabelecer-se mais um direito de contestação, o qual (já que a palavra não importa) poderia ser chamado ao menos de *action en nullité*. Como o Código se posiciona a esse respeito? Ele parte de dois tipos de nulidade: nulidade absoluta e nulidade relativa (l. 1, t. 5, c. 4). Poder-se-ia supor tratar-se justamente da oposição acima descrita, de modo que, por exemplo, a inobservância da forma de celebração constituísse uma nulidade romana. Portalis realmente defende isso,[58] descrevendo, com cores vivas, precisamente para esse caso, a verdadeira e autêntica nulidade. Segundo Maleville, a nulidade romana (*non est matrimonium*) existiria ao lado de todos os outros direitos de contestação (*mariage qui peut être cassé*), sendo diversa destes. Haveria, assim, três tipos de nulidade: 1) *non est matrimonium*; 2) nulidade absoluta, segundo o Código; e 3) nulidade relativa.[59] Mesmo quanto ao n.º 2, pode-se

56. *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, p. 115.

57. Maleville, t. 1, p. 104.

58. *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, p. 255.

59. Maleville, t. 1, p. 165.

pensar em algo como um direito de propositura de ação, que caberia a qualquer pessoa, o que seria apenas a faculdade de ajuizar uma demanda. Assim, sem ação judicial, se, por exemplo, um dos cônjuges falecesse, o matrimônio permaneceria válido, mas, naturalmente, isso seria uma sutileza supérflua. Ainda mais complicada torna-se a opinião de Maleville no caso especial da falta de forma do matrimônio. Segundo o art. 191, esse matrimônio *peut être attaqué* por qualquer pessoa, mas o art. 193 deixa transparecer que pode haver casos em que o matrimônio não seria anulado, embora tais casos não sejam mencionados. De ambos os dispositivos, Maleville tira a seguinte conclusão:[60] o matrimônio *peut être attaqué*, ou seja, pode-se propor uma ação de anulação, a qual não é proibida por lei, mas o que o magistrado fará é decisão inteiramente sua ou, em outras palavras, a anulação do matrimônio depende da arbitrariedade do juiz. Portanto, isso seria um quarto tipo de invalidade, diverso dos acima mencionados. Dificilmente haveria um caso em que a arbitrariedade judicial fosse mais perigosa e inadequada do que nesse. Não é preciso decidir aqui quanto à sua validade, pois a verdade é que a lei nada dispõe sobre ela e dois redatores têm opiniões diametralmente opostas sobre a questão, como já dito. Mas essa incerteza é especialmente grave por duas razões: em primeiro lugar, porque em Paris (e, provavelmente, não apenas lá), em razão dos custos, a maioria dos pobres sequer se casa.[61] Em segundo lugar, porque a forma do casamento em si tem uma condição extraordinariamente instável: o casamento deve ser necessariamente celebrado perante um *officier du domicile* de um dos nubentes, não sendo admitida delegação.[62] Todavia, aqui o *domicile* não é o usual (art. 102), mas um especial, inventado somente para o casamento, isto é, a residência de seis meses (art. 74). Assim, não há sequer escolha entre os dois tipos de *domicile* para essa finalidade.[63] Quantas vezes resta dúvida, especial-

60. Maleville, t. 1, p. 206.

61. Maleville, t. 1, p. 327.

62. Maleville, t. 1, p. 96.

63. Maleville, t. 1, p. 182.

mente em certas profissões, se, mesmo com as melhores intenções, o oficial escolhido foi o correto! Seja como for, em qualquer caso desse tipo, todo o destino de uma família depende da arbitrariedade completamente cega de um tribunal e, independentemente da decisão tomada por ele, não se pode repreendê-lo em absoluto, pois cada uma das soluções encontra respaldo em autoridades das mais respeitáveis. E a primeira razão dessa instabilidade sem remédio é que não se partiu de um conceito determinado e decisivo, mas se deixou levar por uma confusão constante entre a verdadeira nulidade e o direito de anulação, sem jamais conseguir superar essa falta de clareza,[64] na qual se manifesta a total inutilidade das discussões do Conselho de Estado quando se trata de questões técnicas. Na época dos romanos, isso sequer era possível e de maneira alguma essa impossibilidade era o ápice de sua arte, mas apenas o começo. Isso significa que os romanos eram homens de ofício, enquanto seus redatores e conselheiros de Estado falam e escrevem como diletantes ou, em outras palavras, os primeiros não precisavam de um código e os últimos não deveriam criar nenhum. O caso ainda demonstra com grande clareza o que foi dito acima sobre o perigo de uma legislação desnecessária e não legitimada. Uma confusão de conceitos como a descrita aqui pode durar muitos anos sem ser percebida, podendo até ser inofensiva se o uso a tiver acomodado em certo equilíbrio razoável. Mas agora ela está positivada em uma lei e, mesmo por meio de discussões infrutíferas, tornou-se conhecida e, por consequência, um meio perigoso de enganar e prejudicar outros nas mãos do injusto. Seria esta uma interpretação política da regra: "no direito civil, toda definição é perigosa".

64. Os esforços em vão encontram-se na *Conférence du code civil*, t. 2, p. 79–90. O ápice da confusão encontra-se no comentário de Tronchet, p. 84, de que "o casamento jamais é nulo de pleno direito; há sempre um título e uma aparência que é preciso destruir". Se alguém possui minha casa, então existe também *uma aparência a destruir* (algo meramente fatídico), e para isso serve a vindicação. Mas seu suposto direito de propriedade é, mesmo assim, *nul de plein droit*, ou seja, nem sequer existe e, para anulá-lo, não é necessária uma ação. No caso de testamentos, isso pode ser deixado bastante claro pelo contraponto da antiga nulidade em razão de um filho preterido e da *querela inofficiosi*.

Finalmente, quanto ao Código, devemos falar daquilo que deve valer *in subsidium* quando ele não for suficiente. Os franceses não se equivocaram quanto à extensão e à importância disso. Eles compreenderam que, na verdade, pouquíssimos casos jurídicos podem ser decididos por um único artigo do Código, ou seja, que em quase todos os casos o desconhecido é o verdadeiro decisivo.[65] No entanto, quanto à natureza desse elemento, eles se manifestam de modo bastante diverso, tratando-o como uma grandeza indeterminada, que pode ter muito valor. Como valores, aparecem:[66] équité naturelle, loi naturelle; Direito Romano; antigos *coutumes*; *usages, exemples, décisions, jurisprudence*; *droit commun*;[67] *principes généraux, maximes, doctrine, science*. Nada foi dito, salvo uma única vez, sobre a relação entre valores tão diferentes entre si, ocasião em que se afirmou que o direito natural só valeria *in subsidium* quando nem mesmo *usage* e *doctrine* fossem suficientes.[68] Tentemos tirar certas conclusões disso.

Em especial, chama-nos a atenção o fato de que um tipo de complemento sequer aparece: o orgânico, que, a partir de um ponto previamente definido (isto é, de um princípio do código), permite concluir com segurança científica um ponto não definido. Entre nós, os juristas conhecem esse processo sobretudo sob os nomes de analogia e *argumentum legis*, conceitos um tanto restritos. Os franceses nem mesmo chegam a ter uma clara noção disso.[69] Mas não deve ser coincidência o fato de que não se faça uso real desse método: ele pressupõe uma unida-

65. Portalis em *Conférence du code civil*, t. 1, p. 29; Boulay em *Le Moniteur Universel*, an X, n° 86, 26 frimaire an X (17 décembre 1801), p. 343: "Sabe-se que nunca, ou quase nunca, em nenhum processo, é possível citar um texto de lei realmente claro e preciso, de modo que é sempre apenas pelo bom senso e pela equidade que se pode decidir".

66. *Conférence du code civil*, t. 1, p. 27, 29; *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, p. 17, 81; Maleville, t. 1, p. 13; *Projet, discours préliminaire*, p. XI, XII, XIII.

67. Bonaparte em *Conférence du code civil*, t. 2, p. 327. *Avis du conseil d'état* em *Bulletin des lois* e em Locré, t. 3, p. 104: "os diversos casos que a lei deixou à disposição dos princípios gerais e do direito comum".

68. *Projet*, *loc. cit.*

69. *Projet, discours préliminaire*, p. XIX. "Nessa imensidão de objetos diversos que compõem as matérias civis, e cujo julgamento, na grande maioria dos casos, é menos a aplicação de um

de orgânica do próprio código. Contudo, uma unidade dessa natureza não pode ser sequer remotamente reconhecida, material ou formalmente. Materialmente porque, no Código, os resultados da Revolução e os do direito anterior foram apenas mecanicamente misturados (p. 109). E mesmo o direito anterior que nele se contém não se encontra articulado internamente, pois o Código pretende ser uma *transaction* entre o Direito Romano e os *coutumes*, como se elogiou repetidas vezes. Se os juristas, seus criadores, houvessem tornado esse conjunto um todo lógico pela força elaborativa do pensamento, ele seria uma unidade formal, mas a exposição até aqui deixou claro que a ambição não chegou tão longe. Portanto, naturalmente, nada restou senão buscar um complemento externo.

Os meios de complemento acima mencionados, que aparecem nas manifestações dos próprios autores franceses, podem ser ainda bastante reduzidos. O direito natural provavelmente foi mencionado mais por razões políticas do que para uso efetivo e, onde se tratou de aplicações concretas, não se deu real atenção a ele. Apenas na Alemanha chegou-se a elogiar como feliz a situação dos juízes franceses em decorrência do livre uso dessa fonte do direito.[70] Eu gostaria de estar presente quando algum tribunal francês decidisse a questão da invalidade formal do matrimônio com base no direito natural. Os demais elementos remontam a esses dois: o direito previamente vigente e a teoria científica. Agora, cada um deles deve ser examinado separadamente.

Como se sabe, do direito anterior não foram revogadas apenas as disposições que contradizem o Código, mas todas aquelas que versam sobre matérias tratadas pelo Código (art. 4), ou seja, praticamente tudo. Os franceses têm hoje mais clareza sobre o alcance dessa revogação do que os juristas alemães, que discutem interminavelmente, por ódio ou inclinação, contra o Direito Romano, acerca de seu verdadeiro sentido. Os franceses supõem que ao juiz seria permitido, mas não obrigatório, seguir tanto o Direito Romano quanto os *coutumes*. O objeti-

texto preciso do que a combinação de vários textos que conduzem à decisão muito mais do que a contêm, não se pode prescindir da jurisprudência mais do que das leis".

70. Schmid, *Einleitung in das bürgerliche Recht des Französischen Reichs*, vol. 1, p. 21–23, 373, 374.

vo seria que uma sentença não pudesse ser cassada apenas por divergir dessas fontes jurídicas.[71] O mesmo vale para o uso judicial anterior,[72] já que a antiga *jurisprudence* é indicada inúmeras vezes como fonte. Sem dúvida, porém, isso não significa, em um caso que o Código tenha deixado indeterminado, que o juiz possa escolher livremente entre o Direito Romano e qualquer *coutume*, pois isso geraria uma arbitrariedade monstruosa. Ao contrário, cada qual deve seguir o direito que antes vigorava em sua região. Isto é, o Direito Romano conforme modificado pelo antigo uso judicial ou um *coutume* específico, também ele modificado. Mas a consequência necessária disso é uma grande diversidade do direito, representada por fragmentos decorrentes de decisões individuais dos tribunais: um verdadeiro mal que, diferentemente de antes, agora se produz silenciosamente e contra a intenção das leis, gerando confusão dentro dos limites anteriores. Além disso, pressupõe-se, de modo otimista, que os tribunais realmente farão uso constante da permissão de recorrer a tais fontes. Mas quem garante que se trata apenas de uma permissão e não de um dever? Se em um caso concreto um tribunal preferir aplicar alguma *équité* arbitrária ou a *loi naturelle* com base em sua íntima convicção ou mesmo como pretexto para corrigir uma injustiça, não se poderá repreendê-lo, pois a lei afirma que tudo isso pode ser válido. Não se diga que o Tribunal de Cassação preservaria a futura ordem prática ou mesmo a uniformidade, pois ele apenas deve decidir pela cassação quando uma lei do Código ou uma lei posterior for violada. A decisão a favor ou contra a *loi naturelle*, o Direito Romano, os *coutumes* ou a *jurisprudence* está, portanto, fora de sua competência. Observe-se ainda uma circunstância relevante: nenhuma parte do Código derivada da Revolução oferece proteção contra essa arbitrariedade cega. Isso também pode ser ilustrado com o exemplo da invalidade do matrimônio.

A segunda coisa que pode ser aplicável como suplemento do Código é a teoria científica. Portalis descreveu-a de forma excelente: ela

71. Maleville, t. 4, p. 414–417.

72. Locré, t. 3, p. 443, ed. Paris, 1805.

seria como o mar, e as leis seriam as margens.[73] Na França, naturalmente, o mar não tem grande importância, pois uma ciência jurídica que não se fundamenta em um solo de profundo saber histórico presta, na verdade, apenas serviços protocolares ao uso judicial. Assim, na França não há uma teoria que se diferencie da prática judicial, e tudo o que se disse sobre a incerteza do direito prático também atinge a teoria. Por sua natureza, as instituições de ensino são instituições teóricas. Delas falaremos de forma mais adequada no próximo capítulo.

Podem, entretanto, ocorrer circunstâncias pelas quais o estado da administração da justiça seja mais positivo do que se insinuou aqui. Pode acontecer, por falta de conhecimento ou lentidão da mente, que muitos tribunais observem de modo uniforme certas fontes e autores, como, por exemplo, o *coutume* de Paris com seu comentarista Ferrière, mesmo onde ele nunca foi oficializado. Regras da antiga *jurisprudence* podem ser aceitas de maneira bastante geral, talvez algo do tipo que se imaginava como *droit commun* (p. 131). Além disso, não se deve pensar que todos os males aqui mencionados devam necessariamente ser sentidos como mal. Os romanos do século IV e V d.C. também não imaginaram que sentiríamos pena deles por sua profunda decadência. Mas, considerando o conjunto, é impossível ignorar que esse estado conduz ao receio de uma insegurança jurídica muito grande. Esse estado, porém, é insuportável, pois, se em regiões diferentes vigora um direito diferente, isso pode não ser importante. No entanto, se o direito aplicável a um mesmo indivíduo é aleatório e arbitrário, temos o pior mal imaginável para a administração da justiça, o qual seguramente todos sentem.

É digno de especial reconhecimento que ao menos uma voz verdadeira e diligente sobre o que se queria fazer tenha sido ouvida na França, mas essa voz se perdeu sem que produzisse efeitos. O tribunal de Montpellier fala do futuro uso judicial pelo qual o Código seria complementado:[74] "Mas qual jurisprudência! Não havendo outra regra senão o arbítrio, diante da imensidão de objetos a coordenar o sistema da nova legislação, qual unidade, qual harmonia se poderia esperar de semelhante jurisprudência, obra de tantos juízes e de tantos tribunais, cuja opinião,

73. *Le Moniteur Universel*, an X, n° 86, 26 frimaire an X (17 décembre 1801), p. 337.

74. Crussaire, *Analyse des observations*, p. 8.

abalada pelos sobressaltos revolucionários, ainda estaria tão diversamente modificada! Qual seria, enfim, o regulador dessa jurisprudência disparatada, que necessariamente teria de compor-se de julgados não sujeitos à cassação, já que não repousariam sobre a base fixa das leis, mas sobre princípios indeterminados de equidade, sobre usos vagos, sobre ideias logicistas e, para dizer tudo numa palavra, sobre o arbítrio! A um sistema incompleto de legislação se somaria, pois, como suplemento, uma jurisprudência defeituosa". Ele segue dizendo que, para enfrentar esse mal, havia dois caminhos: considerar o Código apenas uma instituição e anexar-lhe uma segunda obra detalhada que exercesse o papel das *Pandectas* de Justiniano e do Codex. Ou, em segundo lugar, de modo preferível como regra, manter o antigo direito vigente e introduzir apenas, em determinadas partes isoladas, um direito novo e uniforme para toda a França, o que significa não elaborar um código. Esta é a verdadeira proposta, e toda forma em que ela é exposta e fundamentada é tão bem-feita e verdadeiramente prática que se experimenta alegria dupla diante de tão vigorosas ideias.[75]

Agora tratarei do Direito Estadual da Prússia.[76] Para a história desse sistema servem, primeiramente, as comunicações oficiais sobre o tema[77]

75. O texto completo está impresso no Apêndice II desta edição.

76. Trata-se do *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR), promulgado em 1794, um vasto código que abrange direito público e privado para os Estados prussianos. Elaborado ao longo da segunda metade do século XVIII, busca regular "tudo", com forte vocação casuística. Savigny reconhece a importância histórica desse esforço, mas critica sua tendência a sufocar a autonomia da ciência jurídica com um detalhamento mecânico de casos. (N. do E.)

77. Cabinetsordre de 1780 antes do *Corpus Juris Fridericianum*, vol. 1, Berlin, 1781. — A nota preliminar do projeto do código, parte 1, seção 1, e parte 2, seções 1 a 3. Cabinetsordre de 1786, em Klein, *Annalen*, parte 1, p. XLIX. — Patentes de publicação de 1791 e 1794 para o Código francês (1791) e o Código prussiano (1794). [Ernst Ferdinand Klein (1744–1810) foi um jurista prussiano ligado ao círculo iluminista de Berlim e colaborador central na elaboração do "Direito Territorial Geral para os Estados Prussianos" — *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR), o grande código prussiano de 1794. Escreveu os "Anais da legislação e da ciência jurídica nos Estados prussianos" (*Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten*) e uma autobiografia (*Selbstbiographie*), frequentemente utilizados como fontes para a história da redação do ALR. (N. do E.)]

e depois alguns trechos das manifestações de Klein,[78] mas a contribuição mais importante foi publicada por Simon,[79] em 1811, na seguinte ocasião.[80] Os materiais de toda a nova legislação ainda existem. A tarefa de organizá-los e, com isso, torná-los utilizáveis foi atribuída ao erudito Simon, que acabo de mencionar. Seu relatório sobre esse empreendimento apresenta uma história tão diligente e completa do conjunto de todo o trabalho que, comparado a ele, as notícias recebidas até então parecem fragmentárias e, em parte, pouco confiáveis. Diante dessa manifestação tão assertiva, não há como não reconhecer como o Direito Estadual da Prússia foi criado pelo trabalho conjunto e repetido dos redatores propriamente ditos, do comitê legislativo, dos colégios estatais e dos deputados das ordens, além de muitos eruditos e práticos de toda a Alemanha.

E é impossível não sentir grande respeito pela seriedade e pela perseverança demonstradas. A alma de tudo, porém, foi o espirituoso Suarez,[81] graças ao qual, na atuação de tantos colaboradores diversos, pôde ser mantida uma unidade. Por esse lado, ninguém desejará comparar o Código

78. Klein, *Annalen*, vol. 1 e vol. 8, logo no início de ambos os volumes. — Klein, *Selbstbiographie*, Berlin, 1806, vol. 8, p. 47.

79. August Heinrich Simon (1780–1857), o jurista encarregado de organizar os materiais destinados à nova legislação prussiana e de relatar esse trabalho em um *Bericht über die wissenschaftliche Redaktion der Materialien der preußischen Gesetzgebung* ("Relatório sobre a redação científica dos materiais preparatórios da legislação prussiana"), publicado na revista jurídica *Allgemeine juristische Monatsschrift für die preußischen Staaten*. Para Savigny, esse relatório documenta de maneira privilegiada as etapas de preparação do *Allgemeines Landrecht* ("Código geral") e evidencia virtudes e limites da técnica legislativa empregada. (N. do E.)

80. Relatório do comissário da justiça Simon sobre a redação dos materiais da legislação prussiana, em Mathis, *Jur. Monatsschrift*, vol. 11, caderno 3, p. 191–286, além de um *conspecto* dos materiais. — Os materiais sobre o Direito territorial prussiano unicamente (sem as ordens da justiça) são 1500–2000 fragmentos em 88 *in-fólios*.

81. Trata-se de Carl Gottlieb Svarez (1746–1798), frequentemente grafado nas fontes da época como *Suarez* ou *Svarez*, principal jurista prussiano associado à elaboração do Código Geral prussiano de 1794. Atuando ao lado do ministro de Justiça Johann Heinrich von Carmer e de outros colaboradores (como Klein e Volkmar), Svarez foi o verdadeiro "arquiteto intelectual" do código, responsável tanto pela concepção sistemática quanto pela unificação do trabalho de várias mãos. (N. do E.)

com o direito territorial. Não apenas a consciência e o amor ao ofício, tão naturais aos melhores alemães, explicam essa diferença, mas também a situação externa completamente distinta a partir da qual ambos os códigos surgiram. O Código francês tinha de ser elaborado rapidamente para atenuar certos males da Revolução e para igualar tudo sob as mesmas bases. Já o Direito Estadual da Prússia foi desenvolvido apenas pelo propósito e pelo sentimento de oferecer algo extraordinário, sem qualquer necessidade externa que o impusesse. Considero essa a segunda grande vantagem do direito territorial: a sua relação com as fontes locais. Como direito subsidiário, ele deveria ocupar apenas o lugar do "Direito Romano, do direito comum das coisas e de outros direitos subsidiários e leis",[82] permanecendo válidos todos os direitos provinciais, devendo ainda ser transformados, no prazo de três anos, em códigos especiais.[83] Outros, entretanto, verão nessa relação uma imperfeição do próprio direito territorial.

Mas a análise da origem interna do direito territorial confirma nossa visão de que, naquele momento histórico, nenhum código deveria ter sido empreendido. O plano no qual o trabalho se fundou está diante dos olhos do mundo todo. O direito de Justiniano deveria constituir a base integral, de modo que dele só se pudesse desviar por razões muito especiais. Tais razões deveriam ser estabelecidas quando uma regra do Direito Romano houvesse sido criada pela filosofia estoica ou por circunstância constitucional muito particular, como, por exemplo, por razões de política imperial ou por ficções e sutilezas excessivas dos juristas antigos.[84] Isso leva o Direito Romano, para fins do direito territorial, a dividir-se em duas partes: uma parte aplicável como regra e outra inaplicável como exceção. Essa divisão exigia, portanto, um duplo esforço: separar adequadamente a exceção da regra e compreender profundamente esta

82. *Publicationspatent*, § 1.

83. Isso aconteceu na Prússia oriental um pouco mais tarde (*Ostpreußisches Provinzialrecht*, Berlin, 1801, 8); nas demais províncias nunca chegou a acontecer. Portanto, lá o que vale é o direito especial em sua forma antiga.

84. Projeto do Código, parte 1, seção 1, p. 5–6. Klein, *Annalen*, vol. 8, p. XXVI–XXIX. Simon, p. 197–199. Várias das novidades ainda tinham ficado de fora na última revisão do Direito territorial. Simon, p. 235.

última. Apenas por meio de um estudo histórico-jurídico muito profundo seria possível reconhecer se algo se baseava na filosofia estoica ou em uma constituição especial ou se consistia em mera sutileza reprovável. E o mesmo conhecimento histórico, aliado a um estudo vivo das fontes, seria indispensável para que o direito aplicável fosse compreendido e processado de modo adequado para o uso prático. Contudo, cabe a cada um avaliar, com base nos escritos dessas escolas e de seus mestres,[85] se as escolas de Nettelbladt[86] e Darjes,[87] nas quais a maioria dos envolvidos havia se formado e que exerceram tanta influência sobre o direito territorial, dispunham realmente desse conhecimento histórico profundo e desse estudo de fontes. O início de tudo deveria consistir em um extrato completo dos livros jurídicos de Justiniano. Esse trabalho seria confiado a Schlosser,[88] mas não se chegou a um acordo quanto às condições.[89] O

85. Hugo, "Über Daniel Nettelbladt", em *Civilist. Magazin*, vol. 2, nº 1.

86. Daniel Nettelbladt (1719–1791) foi jurista e filósofo, professor em Halle e autor de *Systema elementare jurisprudentiae naturalis* ("Sistema elementar da ciência do direito natural", 1749) e *Historie der demonstrativischen Rechtsgelehrtheit* ("História da ciência jurídica demonstrativa", 1754). Adepto do método racionalista de Christian Wolff, defendia uma ciência jurídica construída por dedução a partir de princípios evidentes da razão. Savigny vê em Nettelbladt um exemplo da tendência a transformar o direito em "jurisprudência [ciência] demonstrativa", abstraída da história viva dos povos. (N. do E.)

87. Joachim Georg Darjes (1714–1791) foi um teólogo luterano, jurista e cameralista. Lecionou direito natural e direito das gentes em Jena e Frankfurt an der Oder, aproximando-se da filosofia de Christian Wolff. Em obras sobre direito natural e "ciência política" (no sentido cameralista), procurou aplicar o método dedutivo racional à legislação e à administração. Para Savigny, Darjes ilustra o momento em que o jusnaturalismo se torna excessivamente abstrato e esquemático. (N. do E)

88. Johann Georg Schlosser (1739–1799) foi jurista, funcionário público e escritor da Iluminismo alemão (*Aufklärung*), conhecido também por ser cunhado de Goethe. Atuou como advogado e magistrado, publicando ensaios de forte tonalidade moral e política. Defendeu a ideia de um "direito civil puro", postulou que se condensasse o direito romano de Justiniano como base técnica para o futuro direito territorial prussiano e criticou abusos do absolutismo e da chamada "legislação de polícia", antecipando preocupações que reaparecem no debate de Savigny sobre codificação e unidade do direito civil alemão. (N. do E.)

89. Simon, p. 198.

extrato, então, foi elaborado por Volkmar[90] segundo o plano sistemático de Suarez. Para controlar sua completude, Volkmar confeccionou um índice de todas as passagens do *Corpus Juris* na ordem das fontes, o que permitia verificar o local em que cada trecho aparecia no sistema ou identificar sua ausência. Esse extrato sistemático foi, então, trabalhado por Volkmar e Pachaly,[91] sendo considerado o primeiro material da redação propriamente dita.[92] Esse material, porém, foi revisado inúmeras vezes, e certamente pouco do trabalho original subsistiu no texto final do direito territorial. Mas não apenas um empreendimento volumoso como esse depende muito da primeira base, como também, especialmente aqui, quase tudo só poderia ser moldado a partir dessa estrutura inicial. Por isso, aquilo que Volkmar fez ou deixou de fazer deve ter sido determinante para todo o desenvolvimento posterior. Caso se desejasse evitar tal influência predominante, alguém deveria ter preparado, independentemente do trabalho de Volkmar e diretamente das fontes, todo esse material inicial novamente. Isso já teria servido como prova crítica do trabalho de Volkmar quanto ao domínio das fontes e ao seu uso. Mas isso não ocorreu e provavelmente foi o objetivo menos considerado em todas as revisões posteriores. Assim, o trabalho de Volkmar permanece isolado, embora ele tenha sido visto apenas como um compilador de valor aparen-

90. Friedrich Nathanael Volkmar (1750–1794) foi jurista e filósofo alemão envolvido nos trabalhos preparatórios do *Allgemeines Landrecht*. Encarregado de elaborar um extenso extrato sistemático do *Corpus Iuris Civilis* e um índice completo das passagens, forneceu a primeira base técnica para a redação do direito territorial prussiano. Publicou ainda estudos eruditos — por exemplo, um tratado sobre as *condictiones* (ações pessoais de cobrança e restituição no direito romano) e outro sobre a sucessão intestada no direito ateniense — e a obra de cunho jusfilosófico *Abhandlungen über ursprüngliche Menschenrechte, Freiheit und Gleichheit* ("Tratados sobre direitos humanos originários, liberdade e igualdade", 1793), que figura entre os primeiros tratados sistemáticos sobre direitos humanos na Alemanha. (N. do E.)

91. Friedrich Wilhelm Pachaly (1742–1804), jurista ligado à administração prussiana e à província da Silésia. Por ordem do ministro Johann Heinrich von Carmer, Pachaly elaborou uma exposição sistemática do direito provincial silésio e do direito estatutário de Breslau, utilizada entre os materiais preparatórios do *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR). (N. do E.)

92. Simon, p. 200–202.

temente modesto.[93] Para essa etapa, seria muito desejável ter um homem de espírito e de grande erudição. Teria sido extremamente interessante comparar como Schlosser teria resolvido essa tarefa. Talvez, porém, a razão pela qual essa obra não fosse adequada a um homem de grande autonomia intelectual tenha sido o caráter mecânico de todo o empreendimento.

Se analisarmos o resultado que hoje temos diante de nós, emitir um juízo seguro é mais difícil do que no Código, porque as deliberações que conduziram a esse resultado não foram divulgadas. Além disso, parece que o plano da obra e de toda a administração da justiça que nela deveria se fundamentar nem sempre permaneceu o mesmo. Originalmente, Frederico II tinha a intenção, o que não se pode negar, de que o código fosse muito simples, acessível ao povo e, ao mesmo tempo, materialmente completo, para que assim o exercício jurisdicional se tornasse quase um trabalho mecânico.[94] Consequentemente, determinou que nenhuma interpretação fosse permitida e que, quando a lei fosse insuficiente ou duvidosa, deveria ser consultado, caso a caso, o poder legislativo.[95] Mesmo no projeto do código, tal proibição permanecia: ao juiz ficava vetada qualquer interpretação, devendo tudo, mesmo em casos individuais, ser submetido ao comitê legislativo.[96] O direito territorial, porém, prevê algo completamente distinto: determina que o juiz considere também o fundamento da lei e, preferencialmente, decida os casos omissos com base nos princípios gerais do código e das leis relativas a casos semelhan-

93. Simon, p. 202 — De Volkmar existem as seguintes obras: 1) *De condictionum indole*, Hal. 1777 (Simon, p. 200); 2) *De intestatorum Atheniensium hereditatibus*, Traj. ad Viad. 1778. (Schott, *Kritik*, vol. 10, p. 79); 3) *Erörterung der Begriffe Erbschaft ex asse...*, Breslau, 1780 (*ibid.*, p. 82); 4) *Varia quae ad leges Romuleas et magistratus pertinent*, Bratislava, 1779; 5) *Über ursprüngliche Menschenrechte*, Breslau 1793 (Ersch, *Literatur der Jurisprud.*, p. 272). Delas, só conheço a quarta, que realmente não tem muita importância.

94. Cabinetsordre de 1780, p. XII–XIII: "Se eu alcançar... meu objetivo final, então, naturalmente, pela simplificação da questão, muitos eruditos perderão sua reputação misteriosa, privados de toda sua tranqueira de sutilezas, e toda a classe de advogados se tornaria inútil. Mas, em contrapartida, poderei esperar tantos mais comerciantes, fabricantes e artistas hábeis, dos quais o Estado poderá esperar maiores benefícios".

95. *Ibid.*, p. XIII.

96. Projeto, Introd., § 34–36.

tes.[97] Por isso, a consulta ao comitê legislativo foi bastante limitada, e, mesmo quando feita, a resposta só vinculava o magistrado que a solicitara, sendo inclusive admitido recurso contra a decisão.[98] Na edição mais recente do direito territorial, até mesmo essa consulta restrita foi suprimida, permitindo-se ao magistrado interpretar todo tipo de caso.[99] Assim, toda a situação do magistrado tornou-se bastante diversa da que Frederico II imaginara, sendo-lhe atribuído um caráter mais científico e menos mecânico. Contudo, isso constitui apenas exceção à regra, destinada a casos raros, pois, em situação de lacuna, ainda se exige a comunicação da dúvida e a decisão mediante nova lei.[100] A verdadeira tendência da legislação vigente continua sendo enumerar exaustivamente todos os casos jurídicos enquanto tais, a serem decididos individualmente. Especialmente nesse ponto, o método do direito territorial, descrito acima, contrasta nitidamente com as manifestações dos juristas romanos; e não em benefício do direito territorial, a meu ver. Nos romanos, tudo se fundamentava em colocar o jurista em posição de encontrar o direito em cada caso, a partir do domínio vivo do sistema jurídico. Levavam a isso a verificação precisa e individualizada de cada relação jurídica, bem como o conhecimento dos princípios fundamentais, sua conexão, sua hierarquia; e mesmo onde encontramos, com relação a eles, casos jurídicos na aplicação mais restrita, eles servem como expressão que representa a generalidade jurídica. Qualquer pessoa que compare o direito territorial de maneira imparcial com as *Pandectas*, cuja comparação é admissível aqui, uma vez que não se trata de discutir a constituição romana propriamente dita, mas um método geral, deverá reconhecer que tenho razão quanto a essa diferença. Especialmente no que diz respeito à precisão e à individualização dos conceitos, o defeito, não raro presente no direito territorial, é menos visível e perceptível apenas porque a sua completude material, pelo próprio detalhe, tende a suprir essa carência. No entanto,

97. *Landrecht* [*Código Prussiano*], Introd., § 46–49.

98. *Ibid.*, § 47, 48.

99. *Erster Anhang zum Landrecht* [Primeiro anexo do *Código prussiano*], Berlin, 1803, § 2.

100. *Landrecht*, § 50.

quanto às regras práticas em si, a consequência do caráter acima descrito é que a maioria das disposições do direito territorial não alcança nem a altura dos princípios gerais fundamentais nem a clareza do individual, mas oscila entre esses dois extremos, enquanto os romanos, por sua conexão natural, possuem ambos.

Não se deve ignorar, porém, que existe uma dificuldade grande, talvez insuperável, na atual fase da língua alemã, que ainda não está configurada em termos jurídicos, muito menos destinada à legislação. Qualquer pessoa pode perceber como isso dificulta, quando não impossibilita, a apresentação viva das relações jurídicas individuais quando tenta, por exemplo, verter um texto das *Pandectas*. Nesse ponto, os franceses tiveram grande vantagem, graças à maior determinação formal e à origem latina de sua língua. O fato de não terem aproveitado melhor essa vantagem é explicado pelo triste estado de seu conhecimento técnico, como descrito acima.

Seria um equívoco interpretar esses comentários como se os criadores do direito territorial fossem indiferentes ao estudo científico futuro desse mesmo direito, o que não é, de forma alguma, minha opinião. Muito curiosa, nesse contexto, é a conhecida e premiada tarefa de 1788,[101] que exigia um manual em duas partes, das quais uma deveria conter o direito natural abstraído do próprio Código e a outra um extrato do direito positivo.

Essa concepção de direito natural, por vezes injustamente tratada com desdém, parece ter tido por objetivo expor aquilo que, segundo o legislador, deve ser considerado como geral e não como positivo em suas próprias leis, o que constitui tarefa histórica interessante e que se aproxima bastante do *jus gentium*. Portanto, não houve desprezo nenhum pelo conhecimento científico do direito prático. Ao contrário, o direito territorial, em sua nova configuração, reconhece a urgente necessidade desse conhecimento. Mas é inegável que existe uma contradição interna entre esse reconhecimento e a própria estrutura do Código, pois esta permanece inclinada à ideia original de Frederico II, da qual de fato se originou.

101. Projeto, parte 2, cap. 3, nota preliminar.

Com razão se critica qualquer governo que desconheça ou despreze o conhecimento de sua época. Contudo, sob esse aspecto, a legislação prussiana certamente não merece repreensão. Foram ouvidas as vozes não apenas dos próprios profissionais do foro, mas também de todos os eruditos alemães;[102] e qualquer observador imparcial deverá admitir que o que então se fez, assim como o que se deixou de fazer, correspondeu plenamente às finalidades e à compreensão jurídica daquele tempo. Mesmo na crítica mais relevante que se levantou contra o empreendimento[103] encontram-se mais argumentos favoráveis do que contrários à afirmação anterior. Não nego que haja muitos pontos válidos nas opiniões e julgamentos de Schlosser, mas o que ele melhor exprime refere-se ao caráter político de nossa época. Quanto às necessidades específicas do direito civil, contudo, ele próprio não possuía clareza suficiente, como se depreende tanto da introdução ao Código que redigiu[104] quanto, ainda mais, de seu plano de reduzir o *corpus Juris a um caput mortuum* de leis propriamente ditas, distribuídas em mais de dez cadernos.[105] O que certamente não lhe faltava era senso de justiça, como mostrou em seu ensaio inteligente e bastante acertado sobre o estudo do Direito Romano puro.[106]

Um juízo completo sobre a parte técnica do direito territorial somente será possível quando os materiais acima mencionados forem analisados e publicados para conhecimento geral. Toda iniciativa voltada à preservação e divulgação de fontes históricas importantes merece honroso reconhecimento, como a organização daquele material, ordenada pelo Chefe da Justiça Prussiana, Ministro von Kircheisen, e executada da melhor forma possível. Há esperança de que o mesmo interesse liberal pela história interna do direito territorial venha igualmente a proporcionar a publicação de um extrato adequado desses documentos.

102. Em Simon, p. 213 e 220, são mencionados os nomes daqueles que enviaram comentários e receberam prêmios.

103. Schlosser, *Briefe über die Gesetzgebung*, Frankfurt, 1789; e *Fünfter Brief*, Frankfurt, 1790, 8.

104. *Briefe*, p. 246.

105. Schlosser, *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1777, 8; Schlosser, *Cartas*, p. 46, 342.

106. Hugo, *Civilistisches Magazin*, vol. 1, nº 6 (1790).

Não há motivo para inquietação. Aquilo que foi realizado com tanta seriedade pode tranquilamente aguardar qualquer julgamento futuro. É verdade que, nesse processo, sob a perspectiva global admitida, algum ponto isolado poderá vir a mostrar-se indefensável, mas tal resultado seria até mesmo afortunado, pois toda legislação deve desejar possuir dentro de si um instrumento de autodepuração. Aqueles materiais forneceriam incomparavelmente mais conhecimento do que as publicações sobre o Código, que em sua maioria tratam apenas da transição entre o projet e o Code e não permitem conclusões sobre a origem do próprio projet, que é, de longe, a questão principal, a menos que se considere como tal a declamação vazia da maioria dessas conclusões.

Já quanto ao direito territorial, seria possível rastrear a gênese das ideias até sua origem. Uma vantagem especial seria que o direito territorial ganharia, por meio disso, uma vida histórica e literária que até agora lhe faltou por completo. E não haveria motivo para recear que sofresse injustiças por parte de adversários parciais, pois entre os homens inteligentes e cultos, de cujo número a justiça prussiana pode se orgulhar, certamente haverá quem saiba defendê-lo de tais ataques.

A história do Código Austríaco[107] revela semelhanças com a do Direito Estadual da Prússia, pois ambos têm sua origem na metade do século passado,[108] de modo que o mesmo estado da literatura jurídica alemã pode ter influenciado os dois projetos. Seu fundamento foi um vasto trabalho manuscrito, composto por oito volumes extensos, extraídos em grande parte dos comentaristas do Direito Romano e já concluído em 1767. A partir desse material, Horten elaborou um extrato que serviu de base para a redação de um código. Esse trabalho, sob responsabilidade de Martini, foi então divulgado, analisado e avaliado pelos colégios dos

107. Zeiller, *Vorbereitungen zur neuesten österreichischen Gesetzkunde*, Viena; Trieste, 1810, vol. 1, p. 19–30. [Franz von Zeiller (1751–1828) foi um dos grandes juristas austríacos do período e figura central na redação do ABGB. Na obra referida, ele descreve em detalhe o processo de preparação da nova legislação austríaca, sendo em vista disso que Savigny a adota como principal fonte para reconstruir a gênese interna do código civil austríaco. (N. do E.)]

108. A saber, 1746 para a legislação prussiana e 1753 para a austríaca, conforme Simon, p. 194; Zeiller, p. 19.

Estados da Áustria e pelas universidades,[109] cuja revisão conduziu finalmente ao texto atualmente vigente.[110] A participação dos eruditos do restante da Alemanha parece ter sido reduzida e talvez até indesejada, em parte devido ao fracasso de um concurso sobre o tema da usura e em parte porque o Direito Estadual da Prússia já havia recebido contribuições desse tipo, das quais o projeto austríaco poderia, ao menos em teoria, se beneficiar. Assim, ao contrário do que ocorreu na Prússia, não foram instituídos prêmios públicos. [111] Pode até ter havido boas razões para isso, mas mesmo sem prêmios, teria sido fácil obter pareceres e críticas. Contudo, considerando o reduzido intercâmbio literário entre a Alemanha e a Áustria, a mera impressão de uma minuta evidentemente não seria suficiente. Uma circular dirigida a todas as universidades alemãs certamente teria obtido melhor êxito. Em consequência, um empreendimento que, por sua própria natureza, deveria ter sido fundamentado no estado científico de toda a nação acabou sendo conduzido como assunto interno de um único território, e qualquer isolamento dessa espécie, ainda que não determine necessariamente o fracasso, é sempre bastante arriscado.

No tocante ao conteúdo, pelas disposições da Imperatriz Maria Teresa poderia esperar-se maior originalidade do que no Direito Prussiano, pois os redatores não estavam vinculados ao Direito Romano, mas instruídos a deixar prevalecer, sempre que possível, a equidade natural.[112] Contudo, tanto pela investigação de comentaristas acerca da gênese do projeto inicial como pela análise do próprio Código, verifica-se que a fonte material utilizada foi praticamente a mesma, apenas de maneira menos direta e menos pura do que no direito territorial.

109. Zeiller, p. 23, 26–30.

110. O *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) foi promulgado em 1811 e entrou em vigor em 1812. É um dos primeiros grandes códigos civis do espaço de língua alemã. Alguns autores, como Schmid, chegaram a propor sua adoção como direito comum na Alemanha. Savigny, no entanto, considera tanto o ABGB quanto o Código francês inadequados como modelo científico para um código civil geral alemão. (N. do E.)

111. *Ibid.*, p. 27–28.

112. *Ibid.*, p. 24.

No tratamento da matéria, evidencia-se a principal diferença metodológica. O Código Austríaco não pretendeu esgotar os casos jurídicos, como fez o prussiano. Buscou, antes, estabelecer os conceitos das relações jurídicas e suas regras mais gerais.[113] Em sua forma e estrutura, a obra aproxima-se muito de um compêndio de instituições, embora enriquecido com maior detalhamento. A análise de sua execução deve considerar, portanto, dois aspectos, os conceitos (a parte formal ou teórica) e as regras práticas.

É evidente que os conceitos das relações jurídicas, em uma obra deste porte, devem ocupar papel central. Já no Direito Estadual Prussiano, em razão da abundância das regras práticas, eles passaram a segundo plano, e um eventual equívoco conceitual torna-se ali menos prejudicial. No Código Austríaco, porém, esse ponto torna-se especialmente vulnerável. Seus conceitos são, por vezes, definidos de modo excessivamente genérico e impreciso. Em outras ocasiões, derivam demasiadamente da literalidade do Direito Romano ou de interpretações equivocadas de comentaristas modernos, erros que não teriam ocorrido com um conhecimento mais profundo das fontes. Esses equívocos, comuns ao direito territorial (para o qual, como já dito, são menos prejudiciais), já se observavam antes, como demonstrado adiante com alguns exemplos. Referimo-nos aqui à construção conceitual em si, não às definições, que são meros reflexos dessa construção e, por isso, possuem valor secundário, sendo examinadas apenas nessa medida. Com efeito, já se mencionou acima (p. 121) a importância e a aplicação abrangente dos conceitos rigidamente determinados no Direito Romano acerca dos direitos reais e das obrigações.

113. As três partes do código totalizam 561 páginas, com diagramação bastante espaçada.

O mesmo se aplica ao conceito de status. No Código Austríaco encontra-se a distinção fundamental entre direitos pessoais e reais (§§ 14 e 15), mas ela não corresponde ao pensamento romano nem a qualquer concepção sistematicamente elaborada. O Direito Estadual da Prússia (I.2 §§ 122–130) mostra-se, neste ponto, consideravelmente mais preciso. O conceito de coisa (§ 285; ver também § 303) é definido com tal generalidade que praticamente nada deixa de ser compreendido sob essa noção: artes, ciências, habilidades e até ideias são consideradas coisas nesse sentido geral. Contudo, o conceito de coisa constitui a base de dois dos mais importantes institutos jurídicos: posse (§ 309) e propriedade (§§ 353–354). Não é de se admirar, portanto, que tais conceitos se tornem tão pouco determinados e de utilidade reduzida. Assim, deveríamos, segundo o § 309, reconhecer ao erudito a posse jurídica de sua ciência, uma vez que essa se encontra sob seu poder e ele possui a vontade de conservá-la. Sem se dar conta, é introduzido no tratamento desses conceitos outro conceito mais restrito de coisa, embora este não seja definido em lugar algum. Mesmo assim, esse conceito tacitamente introduzido nem sequer se sustenta, pois, segundo essa noção, seria possível ter posse e propriedade até mesmo de créditos (*obligationes*), algo que, ainda no sentido mais amplo, não se harmoniza com toda a teoria da posse e da propriedade. O Direito Estadual Prussiano (I, 2 § 3) evita essa indefinição mediante um conceito mais estrito de coisa, ao qual apenas posteriormente se reconduzem as relações jurídicas. Uma consequência ainda mais grave dessa definição demasiado ampla já se manifesta na divisão entre direitos reais e direitos pessoais (§ 307). Aos direitos reais pertencem cinco categorias: posse, propriedade, penhor, servidões e direito sucessório (§ 308). Tal enumeração é, por si só, suficiente para tornar impossíveis quaisquer limites conceituais precisos. Os objetos da usucapião são indicados de modo igualmente genérico (§ 1455), de forma que até créditos acabariam incluídos, embora esse modo de aquisição lhes seja estranho e supérfluo, aplicação que, provavelmente, jamais se pretendeu admitir. O Direito Estadual da Prússia (I, 9) afasta qualquer dúvida ao tratar toda essa disciplina dentro da categoria da propriedade. Nas servidões pessoais distingue-se o uso do usufruto mediante a limitação à necessidade do titular (§§ 504, 509). A finalidade prática dessa dis-

tinção é presumir que contratos e testamentos que preveem o direito de uso conferem apenas um uso restrito às necessidades do beneficiário. Contudo, essa interpretação não é natural, pois não é comum que o termo 'uso' seja empregado com tal significado restrito. A origem desse termo não é duvidosa: trata-se do *usus* em oposição ao *usufructus*. Porém, não o *usus* dos juristas romanos em seu sentido próprio. Em Roma, o *usus* é o uso sem usufruto: no caso de um cavalo, por exemplo, cavalgar e utilizá-lo para locomoção, mas não tirar proveito dos potros nem auferir renda de aluguel. Somente quando o *usus* é atribuído a coisas cujo uso puro seja, por natureza, impossível, os romanos o interpretam excepcionalmente como usufruto total ou parcial, presumindo por necessidade uma expressão incorreta, que deve então ser corrigida. A existência específica do *usus* fundamenta-se exclusivamente na linguagem jurídica romana e, como não dispomos de um termo equivalente com idêntico grau de determinação, o direito territorial segue o caminho correto ao dispensar completamente tal distinção e, em vez disso, inicialmente reconhecer de modo geral que direitos de uso podem ser livremente limitados (I, 21 § 227), para depois disciplinar apenas os casos ainda comuns entre nós. À primeira vista, poderia parecer que a diferença entre tutor e curador (§ 188) reside no fato de que aquele é designado para menores de idade, enquanto este se destina a todos os demais necessitados de assistência. Embora essa nomenclatura seja nova e própria do Código, não seria incorreta. Porém, a prática do próprio Código a contradiz, pois menores também podem ser supridos por curador e não por tutor (§§ 270–272). É evidente que aqui se pretendeu manter uma distinção derivada do Direito Romano, o qual também prevê curadoria para determinados tutelados. Contudo, entre nós, todos os menores estão na posição de tutelados. No Direito Romano, a diferenciação era rigorosa: o tutor é quem, por meio de sua *auctoritas*, completa a capacidade do tutelado, que, sem isso, não poderia atuar. Já o curador é meramente administrador de patrimônio alheio. A característica essencial do tutor romano consiste em que, com sua intervenção, o tutelado pode celebrar emancipações, estipulações, vindicações, etc., atos que não podem ser exercidos por representantes comuns, como os curadores. A chave de toda a tutela romana, nas particularidades que a distinguem da curado-

ria, está na regra: *per extraneam personam nihil adquiri (neque alienari) potest.*[114] Embora essa regra tenha sido posteriormente restringida apenas aos atos civis,[115] ela se manteve válida nessa esfera até Justiniano, como demonstram numerosos textos de seu direito. Entre nós, por outro lado, não resta qualquer vestígio disso na prática jurídica, razão pela qual também não há motivo para manter a distinção romana entre tutela e curatela, que aqui perdeu completamente sua razão de ser. O código, ao introduzir o tutor (§ 188), tenta excluir os casos em que o curador do menor é chamado apenas curador por meio da redação: "O tutor deve cuidar especialmente da pessoa do menor, bem como administrar seu patrimônio". A distinção essencial em relação ao curador residiria, assim, na relação com a pessoa, embora essa mesma relação possa ocorrer também no caso dos curadores (§ 282). Em Roma, isso é evidentemente a regra: "nada pode ser adquirido (nem alienado) por intermédio de uma pessoa estranha".[116] Porém, nos compêndios modernos, a regra já havia sido modificada nesse mesmo sentido adotado pelo Código, reconhecendo-se que o tutor sempre terá também a seu cargo matérias patrimoniais.[117] Coerentemente, transfere-se ao tutor o direito e o dever de educação "como um pai" (§ 216), exigindo apenas, em casos importantes, autorização judicial. Mas o sentido romano é diferente: a *persona* ali referida é a personalidade jurídica do tutelado, sua capacidade de praticar atos. Complementar essa capacidade para suas múltiplas aplicações (isso o texto quer dizer) é a função principal do tutor, razão pela qual era necessário atribuir-lhe poderes gerais sobre os bens e não limitá-los a relações patrimoniais específicas. Assim, o tutor romano não cuidava da educação do tutelado. Sobre isso decidia o pretor conforme as circunstâncias, podendo o educador coincidir com o tutor ou ser pessoa total-

114. § 5, I. *per quas pers.* [(Lat.) "Nada se pode adquirir – nem alienar – por meio de pessoa estranha." (N. do E.)]

115. § I, cit., l. 53, D. *de adqu. rer. dom.*

116. L. 14, D. *de testam. tut.*

117. Hellfeld, § 1298: "A tutela, em sentido próprio, consiste primordialmente na proteção da pessoa do pupilo e, em segundo plano, na proteção de seus bens".

mente diferente.[118] Poder-se-ia argumentar contra isso, com razão, que se modificou deliberadamente a doutrina romana por boas razões, mas, nesse caso, o restante da regulamentação torna-se extremamente problemático. Com efeito, adotou-se, juntamente com a terminologia, também o rígido direito do parente próximo à *tutela legítima* (§ 198). A atribuição desse poder geral ao futuro herdeiro *ab intestato*[119] é altamente questionável. Não é preciso imaginar o caso extremo de um tutor matar o tutelado para herdar seus bens. Em diversas situações menos graves, o interesse do tutelado em sua formação e direção pessoal pode divergir amplamente do interesse sucessório do tutor. E nada há que proteja eficazmente contra tais conflitos, nem as causas de exclusão da tutela (§§ 191, 193), sempre difíceis de provar, nem a autorização judicial, exigida apenas em casos duvidosos (§ 216), e tampouco a ação posterior por abuso de autoridade (§ 217). Nesse caso, é bastante estranha a conexão orgânica com diversas regras. No Direito Romano, ao contrário, esse perigo da *tutela legitima* era neutralizado pela separação entre tutela e educação. Já que seu papel era conferir *auctoritas* e não gerir a formação do tutelado, dificilmente se receava que o herdeiro natural autorizasse atos prejudiciais ao patrimônio do tutelado.

118. *Digest.*, lib. 27, tit. 2.

119. Segundo o Direito Romano, a atribuição do tutor estava direta e intencionalmente vinculada à herança *ab intestato*. No Código Austríaco, pode ocorrer, devido ao sistema de linha hereditária linear, que o herdeiro *ab intestato* e o parente chamado à tutela sejam pessoas distintas, porém, na maioria dos casos, trata-se da mesma pessoa.

mesmo por homens de grande mérito que recentemente participaram da elaboração do código.[120]

Portanto, aqui, como no Código Napoleônico, o resultado prático será completamente diferente do que o código aparentemente pretende. A teoria científica exercerá, de modo inevitável e silencioso, a influência sobre a administração da justiça que o código pretendia retirar dela. Assim, tudo depende de ser boa ou má a teoria que prevalecer, e o estado das instituições de ensino (tema do capítulo seguinte) será decisivo para a administração da justiça em muitos mais aspectos do que apenas no conhecimento do próprio código.

Se concluirmos esse exame dos três novos códigos, teremos confirmado meu entendimento de que a época atual não possui vocação para a criação de um código, e tal confirmação será bastante forte. Pois já se disse reiteradas vezes quanto os franceses influem, por sua agilidade e leveza, na vida prática. E sabemos há quanto tempo homens notáveis vêm trabalhando com grande empenho nos códigos alemães. Se, apesar de tantos esforços e capacidades diversas, não se alcançou o objetivo, então os obstáculos devem residir na própria formação jurídica de toda uma época e são de tal ordem que nenhum esforço pode superar. Essa convicção é decisiva, pois é somente no entusiasmo desses esforços que os defensores dos códigos encontram alguma garantia de sucesso, o que, segundo aquelas experiências, mostra-se claramente insuficiente. Seria, portanto, necessário apenas comparar a formação jurídica atual com aquela que existia quando os códigos até agora elaborados surgiram. E, após exame imparcial, devemos reconhecer que ambas talvez difiram em grau, mas não em essência.

120. Zeiller, *Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde*, p. 38: "Mas, como no campo da filosofia cada um julga segundo sua própria convicção, chega-se facilmente à conclusão de que os julgamentos são muitas vezes proferidos com base em uma equidade imaginada (*aequitas cerebrina*) e, no fundo, apenas conforme a arbitrariedade".

Além disso, todas as observações precedentes não se referem a defeitos pontuais que poderiam ser facilmente corrigidos, garantindo ao todo uma existência adequada. Ao contrário, têm por objeto o caráter integral do sistema, sendo os pontos particulares mencionados apenas exemplos destinados a ilustrar esse caráter geral e fundamentar um juízo sobre ele. Um autor recente, entretanto, sustenta opinião diversa,[121] afirmando que as poucas máculas do Código poderiam ser eliminadas com facilidade e que, assim, ele se tornaria um benefício pelo qual deveríamos estar gratos.

Para ele, essa sabedoria sofisticada seria desnecessária, pois "há pouco recebemos na Áustria um código civil que pode, ao menos, figurar ao lado do francês e que para nós tem a vantagem de ser aplicável, sem qualquer preparação, em toda a Alemanha". Seu conselho é que esse código seja imediatamente adotado e que, posteriormente, as reformas sejam propostas pelos governos a um comitê legislativo.

Tal opinião, porém, pode ser refutada por si só, sem que sequer se examine o valor intrínseco desses códigos. Pois, se fosse verdade que um código é excelente e benéfico com poucas modificações e que o Código Austríaco, ainda que muito diferente, também é excelente e totalmente aplicável, então deveríamos atribuir a cada código uma excelência qualquer, o que tornaria impossível considerá-los algo grandioso e verdadeiramente desejável.

121. K. E. Schmid, *Deutschlands Wiedergeburt*, p. 131, 134, 135.

8

O QUE DEVEMOS FAZER QUANDO NÃO HÁ CÓDIGOS

Na análise do que deve ser feito, precisamos distinguir especialmente aqueles territórios onde até agora vigoraram o direito comum e o direito territorial (interrompidos apenas pelo breve período de vigência do Código) daqueles em que já existem códigos próprios.

Nos territórios do direito comum, como em qualquer outro lugar, um estado louvável do direito civil depende de três elementos: uma fonte de direito suficiente, um pessoal confiável e, por fim, uma forma de processo adequada. Voltarei a esses três pontos para verificar a suficiência do meu plano.

Quanto à fonte do direito, que deveria ser a finalidade do código a ser introduzido, na ausência do Código deve-se reintroduzir ou manter, onde ele não vigorava, a relação entre o direito comum e o direito territorial que antigamente predominava na Alemanha.

Essa fonte considero suficiente, ou melhor, excelente, quando a ciência jurídica passa a realizar o que é de sua atribuição e só pode ser realizado por ela.

Quando observamos nosso estado, encontramos um enorme acúmulo de conceitos e opiniões jurídicas, herdados e acumulados geração após geração.[122] Na situação atual, não possuímos essa matéria, mas somos por ela dominados e conduzidos contra nossa vontade. Nisso se encontra o fundamento de todas as queixas sobre nosso estado jurídico, cuja veracidade não nego, as quais culminaram nas reivindicações por códigos. Essa matéria nos cerca e nos determina de todos os lados, muitas vezes sem que tenhamos consciência disso. Seria possível imaginar destruí-la, rompendo todos os elos históricos e tentando iniciar uma vida jurídica totalmente nova, mas tal empreendimento seria ilusório. De fato, é impossível apagar a opinião e a cultura do jurista contemporâneo, é impossível transformar, por decreto, a natureza das relações jurídicas existentes. Nesta dupla impossibilidade se apoia o vínculo orgânico e indissolúvel entre gerações e épocas, no qual só se pode conceber desenvolvimento, jamais um fim absoluto seguido de um novo começo. Em especial, uma mera substituição de algumas ou mesmo de muitas regras nada produziria, pois, como dito acima (p. 89), a direção do pensamento, as perguntas e as tarefas são igualmente determinadas pelo estado anterior. O domínio do passado sobre o presente pode manter-se até quando o presente se opõe ao passado de modo consciente. Assim, a influência predominante da matéria existente não pode de forma alguma ser evitada enquanto a servirmos inconsciente e passivamente. Só a submetemos quando lhe contrapomos uma força viva e criadora e quando, descobrindo historicamente seus fundamentos, nos apropriamos de toda a riqueza das gerações passadas. Somente nos resta escolher, como disse Bacon, *sermocinari tamquam e vinculis* — ou aprender, mediante profunda ciência, a usar essa matéria histórica livremente como instrumento. Não há um terceiro caminho. Em tal escolha, a via científica, por si só mais nobre, já possuiria vantagem natural, em primeiro lugar pela inclinação científica geral que é natural ao povo alemão, que o vocaciona para ocupar posição de destaque entre muitas nações, mas também por circunstâncias políticas particulares nossas. Por isso, não nos servem para contestação a situação inglesa, tampouco a de nossos ancestrais.

122. Cf. Rehberg, *Über den Code Napoleon*, p. 8–10.

Quanto a estes, Möser, em excelente ensaio, distinguiu entre o que chama de arbitrariedade e o que chama de sabedoria:[123] sob aquela, liberdade e justiça puderam sobreviver enquanto havia juízes íntegros. Mas a sabedoria é algo de que não podemos abrir mão. Até mesmo o apego a autoridades medíocres, por mais danoso que possa ser sob outros aspectos,[124] pode, como substituto imperfeito daquela sabedoria, merecer certo reconhecimento, servindo de proteção contra a nociva confusão entre arbitrariedade e sabedoria.

Somente quando obtivermos conhecimento mais completo mediante estudo sério, sobretudo quando aguçarmos nosso sentido histórico e político, será possível o verdadeiro julgamento da matéria legada pela história. Antes disso, é aconselhável hesitar em considerar automaticamente o que existe como mero costume deteriorado, isolamento sem critério ou pura preguiça jurídica.[125] E, sobretudo, adiar o uso do bisturi sobre as supostas feridas:[126] pode-se encontrar carne saudável que ainda desconhecemos, assumindo, assim, a mais pesada das responsabilidades. O sentido histórico é também o único antídoto contra o autoengano recorrente dos homens e dos povos, que julgam como natural aquilo que é apenas peculiar a si mesmos. Assim, antes se criava o direito natural das instituições particulares, salvo pequenas peculiaridades, o que se considerava a expressão da razão universal. Hoje ninguém lamenta essa ilusão, mas vemos diariamente pessoas que consideram suas próprias ideias jurídicas como razoáveis apenas por desconhecerem sua origem. Enquanto não nos tornarmos conscientes de nossa conexão individual com o grande todo histórico, veremos inevitavelmente nossos pensamentos sob a falsa luz da generalidade e originalidade. O sentido histórico, cuja obtenção é uma das tarefas mais difíceis, é o único que pode nos proteger contra isso.

123. Möser, "Über die Art und Weise, wie unsere Vorfahren die Processe abgekürzt haben", *Patriotische Phantasien*, parte 1, nº 51.

124. Möser, "Schreiben eines Alten Rechtsgelehrten über das sogenannte Allegiren", *Patriotische Phantasien*, parte 1, nº 22.

125. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 52, 55, 60.

126. *Ibid.*, p. 60.

Pode ser tentador admitir que seja necessário desvendar historicamente a matéria que nos condiciona, para a nossa situação, e considerá-la, ao mesmo tempo, um mal, consumindo forças que poderiam ser aplicadas a finalidades mais úteis. Seria um ponto de vista triste, pois acarretaria o sentimento de um mal inevitável. Mas podemos nos consolar: essa visão é equivocada. Ao contrário, essa necessidade deve ser considerada um grande bem. Na história de todos os povos significativos encontramos a transição de uma individualidade restrita, porém fresca e viva, para uma generalidade indeterminada. O direito civil segue essa mesma trajetória e, quando povos antigos repararam quantas de suas particularidades haviam desaparecido, facilmente incidiram naquele erro já descrito, tomando aquilo que restava como "o direito que a razão natural estabeleceu entre todos os homens". Com isso, perde-se a vantagem particular de que o direito gozava em épocas pretéritas (p. 53), o que não se pode negar. Seria infrutífero e tolo tentar restaurar esse estado anterior, mas é outra coisa reconhecer e preservar seu valor em um olhar renovado, protegendo-o contra a unilateralidade do presente, o que é possível e saudável. Mesmo considerando que a história seja mestra nobre na juventude dos povos, em épocas como a nossa ela assume missão ainda mais sagrada. Somente por ela é mantida viva a ligação com os estados primitivos dos povos e a perda dessa ligação priva qualquer povo da melhor parte de sua vida espiritual.

Ou seja, aquilo que, segundo esse ponto de vista, faz do direito comum e dos direitos territoriais, como fonte de direito, algo realmente útil e sem defeitos é o método histórico rigoroso da ciência jurídica. Seu caráter não consiste, como alguns adversários incompreensivelmente afirmaram, em um elogio exclusivo ao Direito Romano, tampouco na exigência de rígida conservação de determinada matéria. Ao contrário, ela quer impedir isso, como se viu acima na apreciação do Código Austríaco. Seu objetivo é conduzir toda a matéria às suas raízes, descobrindo assim um princípio orgânico pelo qual o que ainda possui vida se separa por si mesmo do que já morreu e pertence apenas à história. No entanto, a matéria da ciência jurídica que deve ser tratada assim é tríplice no direito comum, de onde derivam as três principais partes da nossa ciência jurídica: o Direito Romano, o Direito Germânico e as recentes modificações de ambos. Além de sua importância histórica, o Direito Romano possui a vantagem, já mencionada, de poder servir como modelo e exemplo, graças ao elevado grau de desenvolvimento alcançado. Essa vantagem falta ao Direito Germânico, mas este tem, como compensação, outra que não abre mão de seu lugar. Ela tem uma conexão viva e popular conosco. E não devemos nos deixar irritar pelo fato de que a maioria de suas formas primitivas desapareceu, pois a razão nacional dessas formas, a orientação que lhes deu origem, sobrevive à forma e não se pode antecipar quanto das instituições dos antigos germanos poderá ser restaurada, seja na constituição, seja no direito civil, não literalmente, mas segundo seu espírito. Mas o espírito originário só é conhecido por meio dos escritos antigos. Por fim, também não se deve desprezar a modificação posterior de ambos os direitos originais. No longo caminho que esses direitos originários tinham de percorrer até nós, muitas coisas sofreram transformação e desenvolvimento, algumas por necessidades populares, outras pela ação literária dos juristas. Esta última prevaleceu, tendo como fundamento uma história de nossa ciência jurídica desde a Idade Média. Uma louvável intenção dessa terceira parte de nossa ciência deve ser o lento e cuidadoso expurgo do que foi introduzido apenas por ignorância e estreiteza de épocas literariamente pobres, sem qualquer verdadeira necessidade prática.

Não pode ser meu intuito, neste tratado histórico, explanar detalhadamente todas as partes do nosso direito. Entretanto, ainda é necessário acrescentar algo sobre o Direito Romano, especialmente porque seu tratamento tem sido objeto de maior atenção recentemente. O que considero o único ponto de vista possível para esse estudo já ficou claro acima, na exposição do Direito Romano. É a partir das *Pandectas* que devem ser determinadas as transições até as modificações mais recentes, inclusive Justiniano. Ninguém considerará esse ponto de vista arbitrário, já que se trata de obra do próprio Justiniano e há séculos serve de base, ao menos nominalmente, para o ensino universitário e para as obras mais substanciais de Direito Romano. A pergunta, então, sobre como os antigos juristas devem ser estudados, é de fácil resposta, ainda que de difícil demonstração com provas diretas. Eles não devem ser apenas guardiões silenciosos nas escolas, mas devem ser revividos. Devemos adentrar em suas obras escritas e penetrar seu pensamento, compreender seu sentido e, dessa forma, chegar ao ponto de criar à sua maneira e de seu ponto de vista, para assim, de certa forma, continuar seu trabalho interrompido. Que isso seja possível está entre minhas convicções mais vívidas. A primeira condição para isso é, naturalmente, uma história do direito profunda, que forme o hábito de considerar cada conceito e regra sob sua perspectiva histórica. Nesse campo, ainda há muito a fazer. No entanto, quem tem na memória qual era nossa história há vinte e cinco anos e quanto ela mudou em termos de conhecimento e tratamento, principalmente por mérito de Hugo, pode nutrir esperança quanto aos frutos futuros. Quem, dessa forma, torna-se verdadeiramente 'nativo' das fontes do Direito Romano, encontrará no estudo da nossa nova literatura jurídica, da Idade Média até o tempo presente, um trabalho ainda árduo e às vezes até desagradável, mas um trabalho que servirá para completar mais ainda sua visão e que não lhe deixará louco, ou seja, não lhe trará dificuldade real. Quem, por outro lado, não 'atacar' o Direito Romano pela raiz, quase inevitavelmente irá se tornar cada vez mais instável e inseguro. Restar-lhe-á apenas ignorá-lo por completo, deixando ao acaso quais resultados individuais, novos e talvez muito superficiais da literatura mais recente devem influenciá-lo, por mais serviços que tenham prestado nos últimos tempos. Por outro lado, esse preenchimento literário ao qual aludo representa a conclusão lenta e não o fundamento necessário

do estudo. O fundamento deve ser colocado nas aulas universitárias, sendo suficiente o prazo de um ano e meio a dois anos (como hoje se costuma estabelecer). Isso não basta para uma erudição completa, tampouco seria algo que alguma pessoa razoável poderia exigir de um curso universitário, mas é suficiente para se sentir em casa nas fontes, para lê-las com os próprios olhos e não estar mais à sua mercê. Faz sentido que a experiência real do ensino não deva ser usada como contra-argumento enquanto não se tenha tentado nas aulas a iniciação direta às fontes.

Em tempos recentes surgiram duas opiniões completamente contrárias à intenção aqui defendida. Thibaut[127] apresenta as dificuldades de forma quase assustadora, de tal modo que qualquer um que pensasse em enfrentá-las perderia a coragem. Assim, por exemplo, somente depois de mil anos, ele afirma, obteríamos uma obra que abordasse todos os ensinamentos do Direito Romano. Dependendo da perspectiva, isso seria ou pouco ou até demais, pois uma tarefa histórica digna nunca pode ser exaurida ou considerada concluída a ponto de ser impossível qualquer avanço, nem mesmo em mil anos. Mas não precisamos de tanto tempo para alcançar uma opinião segura e a possibilidade de aplicar o Direito Romano de modo direto e inteligível. Em grande medida, isso já é possível hoje, ainda que com contínuo aprofundamento, o que não considero defeito, mas verdadeira honra de nossa ciência. Tudo depende de como se organiza a formação. Há cem anos, a Alemanha investia muito mais tempo e esforço no estudo do Direito Romano do que hoje, mas é inegável que não podia avançar tanto no conhecimento efetivo quanto é possível atualmente, com bons professores. As dificuldades críticas que Thibaut considera absolutamente insuperáveis[128] não são tão urgentes assim. Quem aborda corretamente o estudo pode começar pelo texto das *Pandectas*. Restarão alguns equívocos pontuais, mas com um pouco de senso crítico e o auxílio de três ou quatro boas edições, o que não é difícil obter, certamente poderão ser corrigidos. Confundem-se aqui duas coisas completamente diversas: aquilo que realmente pertence ao desenvolvimento lento e exaustivo de uma grande tarefa histórica e aquilo que

127. *Ibid.*, p. 15–22.

128. *Ibid.*, p. 20–21.

é condição necessária para se atingir um grau seguro de conhecimento, imediatamente possível e praticamente satisfatório. Tudo o que Thibaut afirma sobre a insegurança do nosso texto também se aplica, da mesma forma, aos livros sagrados. Lá, a crítica também jamais terminará. No entanto, quem deles colhe alimento e alegria certamente não se deixará perturbar por isso. Ao lado dessa visão pessimista, há outra diametralmente oposta e muito disseminada que entende que o Direito Romano pode e deve ser estudado com muito mais facilidade e que se deveria dedicar muito menos tempo a ele. Essa opinião foi parcialmente defendida (como será demonstrado abaixo) e parcialmente posta em prática, especialmente onde, com a introdução dos novos códigos, o Direito Romano passou a ser estudado apenas como auxiliar ou quando se tratava a cultura para um futuro legislador. Supondo que o detalhe trabalhado fosse desnecessário para esse fim, acreditou-se ser possível contentar-se com aquilo que se chamou de 'espírito' do Direito Romano. Esse espírito consiste naquilo que em outro contexto seria chamado de instituições e pode prestar bons serviços para uma primeira orientação, ou seja, nos conceitos e regras gerais, sem análise crítica, sem aplicação prática e, especialmente, sem contato com a fonte, ou seja, sem aquilo que justamente é o que torna tudo vivo. Isso é completamente inútil. Se não se pretende ir além disso, até o tempo investido será desperdício. O único benefício seria manter o nome e a forma externa da ciência jurídica, talvez facilitando que, em um futuro melhor, ela possa ser ressuscitada. Particularmente sem sentido é a opinião que imagina que um futuro legislador, para quem essa matéria precisa ser reconhecida como importante e instrutiva, poderá aproveitar-se de semelhante conhecimento fácil e superficial. Há para isso, na língua francesa, a palavra *teinture*, que parece ser mais feliz. Para produzir normas, exige-se conhecimento ainda muito mais profundo do que aquele necessário ao exercício cotidiano

da profissão jurídica. Deve-se dominar a letra da tradição para poder utilizá-la livremente como ferramenta para a criação de novas formas. Caso contrário, será inevitável o *sermocinari tamquam e vinculis*. Essa opinião equivocada poderia ser comparada à ideia de que, embora a riqueza e vigor de uma língua sejam necessários para a vida comum, para a poesia bastaria conhecê-la superficialmente.

O que aqui se exige da formação jurídica não deve ser guardado em livros nem confiado a poucos eruditos, mas deve tornar-se patrimônio comum de todos os juristas que, com seriedade e mente aberta, trabalham em sua vocação. Deve surgir uma escola viva, como foi a dos juristas romanos, que constituíram, de fato, uma grande escola, na qual se estudavam tanto os Sabinianos quanto os Proculianos. Somente de tal processamento vivo, difundido entre o conjunto dos juristas, podem surgir os poucos que, por seu talento excepcional, são aptos para a criação propriamente dita. É preconceito pernicioso pensar que tais indivíduos surgem automaticamente, em qualquer estado da escola. O exemplo de Montesquieu é muito instrutivo aqui; ninguém pode reconhecer nele a força independente, pela qual se distinguiu da limitação do seu tempo e da sua nação. Foi jurista de ofício, viveu em *pays de droit écrit* e nenhum romano teve admirador mais devoto do que ele. Não lhe faltaram oportunidade nem inclinação para conhecer o Direito Romano e, no entanto, seus conhecimentos eram medíocres. Há partes inteiras de sua obra que se tornam totalmente infundadas. Sua história do Direito Sucessório Romano[129] pode servir de exemplo. Isso foi consequência da nulidade da escola jurídica de seu tempo, que ele não conseguiu superar. De modo geral, os estudos profundos de história da literatura demonstram o quão pouco pode ser atribuído unicamente ao indivíduo, como se houvesse realizado algo independentemente das forças e esforços de sua época e nação. No entanto, essa comunidade científica não deve existir apenas entre juristas formados, professores e escritores, mas também com os eruditos práticos do direito. É justamente dessa aproximação entre teoria e prática que deve partir a verdadeira melhora da ad-

129. *Esprit des lois*, lib. 27.

ministração do direito e é isso, sobretudo, que devemos aprender com os romanos. Nossa teoria também precisa ser mais prática e nossa prática, mais científica do que ela foi até agora. Leibniz concluiu que, entre os autores jurídicos, quase apenas os elaboradores dos concilia realmente ampliaram e enriqueceram a ciência jurídica mediante a observação de novos casos.[130] Ao mesmo tempo, ele desejava que uma sociedade de cerca de trinta juristas elaborasse novas *Pandectas*, como extrato de tudo o que, nos escritos mais recentes, é verdadeiramente prático e particular.[131] Independentemente de Leibniz, mas em um sentido semelhante, Möser propôs novas *Pandectas* por meio de uma coleção sistemática de casos jurídicos reais de um território.[132] Ambas as propostas são muito belas, mas ignoram uma condição necessária: a capacidade de realizar verdadeira experiência. Pois somente tendo a consciência, de modo claro e vivo, do todo, é possível aprender algo verdadeiramente novo a partir do caso individual. E novamente é apenas pelo sentido teórico-científico que a prática se torna fecunda e útil ao ensino. Na diversidade está contida a unidade, a qual não enxergamos se não a possuímos previamente formada em nós.

130. *Nova methodus*, p. 2, § 82.

131. *Ibid.*, § 85–90.

132. Möser, "*Vorschlag zu einer Sammlung einheimischer Rechtsfälle*", *Patriotische Phantasien*, parte 2, nº 53 (3.ª ed., nº 44).

Por isso, nas *Pandectas*, cada caso jurídico tem individualidade própria, ao passo que, lendo-se decisões dos séculos VIII e IX, parece que uma repete a outra, como se fossem todas o mesmo caso. Não que, de fato, as relações jurídicas tenham se tornado uniformes, mas a capacidade de distinguir se perdeu, e quanto mais profunda essa deficiência, tanto mais impossível será um direito seguro e igualitário. Um meio apropriado para essa aproximação entre teoria e prática seria o intercâmbio sistemático entre as faculdades de direito e os tribunais, como recentemente proposto.[133] As faculdades de direito, enquanto colegiados judicantes, poderiam servir a esse fim e originalmente o fizeram, cada uma ao seu modo. Mas, depois de reduzidas a fábricas de sentenças, sua atividade tornou-se mais mecânica que a dos tribunais melhores. Não cabia mais às antigas faculdades purificar essa relação, salvo o fato de que, por necessidade desse trabalho penoso e meramente artesanal, foram afastados os melhores profissionais da jurisprudência, o que, ao menos em parte, continua a acontecer. Ao mesmo tempo, essa conexão da prática com a teoria vivida que evolui constantemente é o único meio de verdadeiramente atrair pessoas inteligentes para a magistratura. A classe dos magistrados pode ter honra e retidão jurídica mesmo sem isso; pode continuar a se formar por atividades fora de sua profissão, conforme as inclinações individuais, mas será totalmente diferente quando sua própria função, por sua relação orgânica com o todo, adquirir um caráter científico e tornar-se em si mesma um meio de formação. Somente esse estado satisfará todas as exigências. O indivíduo não servirá meramente como ferramenta, mas exercerá sua profissão de forma livre e digna. E a administração do direito atingirá uma realização verdadeira e plena, conquanto a seu modo, talvez menos nobre.[134] A relação desvantajosa, inegavelmente, é aquela em que o magistrado se limita a aplicar mecanicamente uma letra que não

133. Schmid, *Deutschlands Wiedergeburt*, p. 278, 279.

134. *Projet de code civil*, p. XIII: "No estado de nossas sociedades, é algo muito positivo que a jurisprudência constitua uma ciência capaz de fixar o talento, lisonjear o amor-próprio e despertar a emulação"; p. XIV: "Não se pode compreender o quanto esse hábito de ciência e de razão suaviza e regula o poder".

pode interpretar. Se considerássemos a relação como ponto extremo de um lado, no extremo oposto estaria a situação em que o juiz encontra o direito para cada caso, mediante um método rigorosamente científico, excluído qualquer arbítrio. Desse segundo ponto devemos ao menos nos aproximar e nele a mais antiga constituição judicial alemã estaria ressuscitada de forma rejuvenescida.

Acima, parti de três necessidades: a fonte do direito, o pessoal e a forma do processo, todos em estado louvável. A forma como a fonte do direito deve se apoiar em ciência diligente e disseminada foi demonstrada acima. Também foi demonstrado como, por meio disso, pode ser verdadeiramente formado o pessoal da administração do direito para o exercício de sua função. Mas ambas as coisas não serão suficientes se não houver uma forma processual adequada. Nesse aspecto, porém, alguns territórios alemães necessitam de auxílio urgente e profundo. Os vícios mais comuns são: anarquia dos advogados, abuso dos prazos e de suas prorrogações, multiplicação das instâncias e, sobretudo, o envio dos autos, os quais prestariam excelentes serviços se fossem utilizados de modo inteligível e eficiente. Contra esses males, tais territórios precisam de atuação legislativa.

Seria ainda muito desejável uma consulta conjunta e comunicação recíproca entre os territórios alemães a esse respeito. Contudo, não é necessário que se introduza, de imediato, uma única forma processual em todos os lugares. Devem-se fazer diversas experiências. O que se mostrar comprovadamente melhor deverá então ser considerado como regra geral. Entre o processo prussiano e o processo comum atualmente existentes, cujas ideias fundamentais se opõem, ainda há alguns degraus intermediários, cujo valor provavelmente só poderá ser avaliado pela experiência.

Segundo essa opinião, não seria elaborado um único código do direito comum nos territórios. Isso não significa, contudo, que a legislação civil como um todo possa ser considerada dispensável. Excluídas as leis de fundo político (as quais não serão tratadas aqui), ela poderia ter um duplo objetivo: a resolução de controvérsias e o registro de antigos costumes. Com a resolução legislativa de controvérsias, seria eliminado um dos principais argumentos pelos quais se acreditava impeditiva a aplicação prática do Direito Romano sem maiores análises. Além disso, tais controvérsias não são, de fato, tão numerosas quanto às vezes se supõe. Em primeiro lugar, não se deve considerar como controvérsias tudo aquilo que resulte de tentativas mal-informadas ou destituídas de rigor, que mal chegaram a despertar atenção.

Em segundo lugar, a legislação não precisa se ocupar daquelas questões que quase nunca ocorrem na prática, embora estejam registradas em nossos livros didáticos. Excluídos esses dois casos, porém, resta muito a fazer. Somente o Código Napoleônico, por mais recente que seja, encontra-se em uma posição confortável ao lado do Direito Romano. Enquanto isso, talvez fosse preferível estabelecer essas controvérsias na forma de disposições ou instruções provisórias para os tribunais, em vez de leis propriamente ditas, pois aquelas antecipam menos o resultado de um aprofundamento teórico posterior. O segundo objeto da legislação seria o registro do direito consuetudinário, sobre o qual se exerceria, assim, uma supervisão semelhante à que se dava em Roma por meio do Édito. Não se deve pensar que, dessa forma, o tão contestado código seria readmitido sob outro nome. Ao contrário, a diferença diz respeito à própria essência da coisa. No direito consuetudinário será incluído somente aquilo que foi consolidado pelo efetivo exercício e agora, que temos diante de nós essa

decisão, sem dúvida isso será completamente compreendido. O código, por sua vez, é forçado a falar sobre tudo, mesmo onde não há demanda e onde não existe opinião formada que o habilite a isso, apenas na expectativa de casos futuros hipotéticos. É evidente que não se pode detalhar aqui a execução desses ramos remanescentes da legislação civil.

Até aqui, analisei os territórios do direito comum, indicando qual caminho deve ser trilhado em matéria de direito civil para que este alcance estado verdadeiramente louvável. Quero acrescentar, agora, o objetivo mais elevado, cuja possibilidade se encontra nesse caminho. Quando a ciência jurídica, tal como aqui descrita, tornar-se patrimônio comum dos juristas, reencontraremos na própria classe jurídica o sujeito de um direito consuetudinário vivo, isto é, do verdadeiro progresso. O nosso uso judicial foi apenas um substituto lamentável desse direito, sendo o mais lamentável de todos aquele exercido nas antigas faculdades de direito. A matéria histórica do direito, que hoje nos impede em tantos pontos, será então absorvida por nós e irá enriquecer. Teremos um direito propriamente nacional, e não lhe faltará uma linguagem poderosa e eficiente. Poderemos, então, entregar o Direito Romano à história e não seremos uma fraca cópia da cultura romana, mas uma cultura forte e nova. Teremos alcançado algo maior do que apenas uma administração do direito segura e célere. O estado de clareza e inteligibilidade, que costuma ser próprio dos povos jovens, unir-se-á ao ápice da formação científica. Então, poderemos prover para tempos mais frágeis e discutir se isso se dará melhor por meio de códigos ou de outra forma. Não afirmo ser certo que alcançaremos tal estado, pois isso depende da reunião das circunstâncias mais raras e felizes. O que nós, juristas, podemos aportar é um espírito aberto e trabalho diligente e fiel. Cumprido isso, podemos aguardar o resultado, mas devemos sobretudo nos precaver de destruir aquilo que nos aproxima desse objetivo.

Quando o povo judeu, no Monte Sinai, não pôde esperar pela lei, fez da impaciência um bezerro de ouro e, por esse motivo, as verdadeiras tábuas da Lei foram quebradas.

9

O QUE DEVE SER FEITO NOS CÓDIGOS EXISTENTES

Agora tratarei dos territórios alemães em que já existem códigos: entre eles podem ser considerados o Direito Estadual da Prússia e o Código Austríaco, mas não o Código, pois este último constituiu uma enfermidade política já superada, ainda que soframos alguns efeitos negativos remanescentes.

Já manifestei minha opinião sobre esses códigos alemães, mas me compreende mal quem interpretar essa opinião como um desejo de eliminá-los. Ao contrário, eles devem ser tratados como fatos próprios e novos da história do direito. Sua revogação não apenas acarretaria inevitavelmente grande confusão, mas, ademais, a revogação de algo que mal foi concluído, criado com as melhores intenções e grande esforço, não deve ocorrer senão quando sua vigência represente prejuízo grave ao espírito público. Além disso, boa parte dos males de um código geral não ocorreria se, nos demais territórios alemães, o direito comum permanecesse vigente. Portanto, não se deve falar em revogação, mas sim refletir seriamente sobre como evitar os males que poderiam surgir do tratamento inadequado desses códigos.

Quem estiver convencido do que foi exposto acerca da natureza e origem de nossos códigos não duvidará de que a mesma formação jurídica necessária antes de sua introdução permaneceu igualmente indispensável depois e, em especial, que nada se ganha quando alguém imagina poder substituí-la por um resumo superficial do direito até então vigente. Tal necessidade constante é ainda mais urgente para a aplicação direta do Código Austríaco (p. 171), mas, por outras razões, não é menor no Direito Estadual da Prússia. É equivocada, portanto, a expectativa frequente de que a formação jurídica se tornaria mais fácil e simples. Para que a formação não se torne inadequada e insuficiente para o estado atual do direito (pois, nesse caso, qualquer grau de simplificação seria possível), seria necessário manter todo o trabalho prévio e acrescentar um novo trabalho decorrente da destruição da forma original do direito, o que seria ainda mais desagradável.

O estudo das fontes anteriores não é apenas indispensável para o conhecimento profundo e a aplicação dos códigos; é também indispensável para sua evolução e seu aperfeiçoamento. E por mais elevado que qualquer pessoa considere seu valor, deve-se reconhecer que sua melhoria é necessária. Pois os códigos foram criados pela teoria jurídica e somente podem ser verificados, depurados e aperfeiçoados com segurança pelo mesmo caminho. Para isso, um mero colégio de profissionais do direito, limitados pela profissão e pelo acúmulo de tarefas, não é suficiente. A verificação constante do código pelos tribunais, mediante a atenção à sua aplicação, é excelente, mas não basta. Muitos defeitos podem ser descobertos assim, mas esse método é aleatório e deixa um número igual de defeitos intactos. A relação entre teoria e prática não corresponde exatamente à relação entre o cálculo e sua verificação.

É instrutivo observar como, nos Estados que adotaram códigos, a formação jurídica foi pensada e organizada. Aqui, novamente, o estado atual das coisas na França, ou seja, a estrutura da Escola de Direito de Paris, pode servir para observação.[135] Nessa escola, há três professores: um para o Código, um para o Processo e um para o Direito Romano e essas três cadeiras devem existir em cada escola. Além disso, Paris possui duas cadeiras especiais: Code civil approfondi e Code de commerce. Direito Penal, Processo Penal, História do Direito e Direito Francês Antigo não são ensinados. Cada professor ministra um curso anual (com três meses de férias em Paris e dois em outros locais), constituído de três aulas semanais de uma hora e meia, sendo essa duração a mesma para todas as disciplinas. O Código é ensinado em três cursos, sendo que cada professor trata apenas de um terço. Cada professor tem um *suppléant*, que o substitui quando necessário. O Direito Romano, sobre as Instituições de Heineccius, foi ministrado por Berthelot, que as traduziu ao francês para que os ouvintes pudessem compreendê-las. Após sua morte, foi ministrado por seu *suppléant* Blondeau, mas — o que mal se pode acreditar — com base no Código Napoleônico, a partir da exposição das discrepâncias em cada artigo. Para o Bacharelado exigem-se dois anos; para a Licenciatura, três; para o Doutorado, quatro. O primeiro deve cursar Direito Romano; o segundo pode repeti-lo a seu critério; para o terceiro, torna-se novamente obrigatório, o que significa, contudo, apenas a repetição das mesmas instituições com o mesmo professor. À vista do que foi exposto acima, dispensa-se argumentação mais extensa contra esse programa, mas causa especial espanto o círculo vicioso evidente em que se encontra. Frequentemente, os próprios redatores afirmaram que o Código, por si, não basta para sua aplicação e que a ciência jurídica deve completá-lo. Entretanto, todas as aulas são orientadas exclusivamente pelo Código, e a exiguidade do ensino de Direito Romano é praticamente irrelevante. Em que, então, deve assentar-se essa ciência? Sem dúvida no uso judicial, aquele mesmo que se pretendia eliminar, cuja diversidade era apontada como o pior dos males e que perdeu toda estabilidade pela dissolução dos antigos tribunais e pela mistura confusa de suas relí-

135. Uso a comunicação manuscrita e oral de um doutorando dessa escola de direito.

quias! É evidente que esse estado não pode permanecer: retroceder-se-á. É natural em qualquer época que o estado da ciência jurídica seja determinado pelo valor do objeto que ela, de fato (ainda que não o declare), considere o núcleo de sua formação. A ciência jurídica ficará sempre um pouco e talvez muito abaixo desse objeto. Assim, por exemplo, os primeiros glosadores tinham a vantagem de serem obrigados a recorrer diretamente às fontes, que eram, portanto, seus verdadeiros objetos de estudo. Bartolus, ao contrário, já tinha diante de si as manifestações dos glosadores, que se tornaram o objeto imediato, colocando entre os juristas e as fontes uma camada intermediária. Essa é uma das principais razões pelas quais a escola de Bartolus é, em certa medida, inferior à dos glosadores.[136] O mesmo retrocesso ocorrerá em qualquer lugar onde não se siga o princípio de rastrear toda matéria jurídica até sua raiz, princípio esse indicado acima como método histórico. Com o Código acontece o mesmo. Quando, por exemplo, um dos redatores sustentasse a opinião mais exagerada sobre o valor do Código, confessaria confidencialmente que se encontra em posição mais elevada que sua criação. Ele admitiria ter adquirido sua formação independentemente do Código e que a geração que deverá ser educada por meio dele não alcançaria o ponto a que ele próprio chegou e que o habilitou a redigir tal obra. Esse simples pensamento produz o mesmo resultado em todos os lugares onde, com a introdução de um novo código, destrói-se simultaneamente a formação anterior, derrubando a ponte que conduziu ao patamar alcançado.

136. Os "glosadores" foram juristas das universidades italianas (séculos XII–XIII) que anotavam o *Corpus Juris Civilis* com glosas marginais e interlineares. Bartolus de Saxoferrato (1313–1357), representante da fase posterior dos chamados "pós-glosadores", desenvolveu um sistema jurídico sobre essa base. Savigny vê aí um exemplo histórico de como uma camada doutrinária intermediária pode se interpor entre a ciência e as fontes — risco que ele também enxerga em codificações que rompem o vínculo direto com a tradição jurídica. (N. do E.)

O novo Regulamento do Curso de Graduação em Direito da Áustria (de 1810) reúne as formações jurídica e política.[137] Nesse curso, com duração de quatro anos, os alunos dedicam-se diariamente três horas às aulas por todo o período.[138] Cada disciplina é cursada apenas uma vez. Direito Alemão não é ensinado, sem dúvida porque, na Áustria, não tinha grande difusão antes do novo código.[139] Em contrapartida, ensina-se Direito Romano, e as razões que fundamentaram sua inclusão no currículo são das mais excelentes e liberais. Ensina-se, primeiramente, que o novo Código tem origem no Direito Romano. Em segundo lugar, que o direito comum até então vigente (especialmente sua parte romana) se relaciona com a ciência jurídica positiva de modo semelhante ao das antigas línguas clássicas para a cultura geral, como elemento formador propriamente dito, por meio do qual nossa disciplina se torna ciência e, ao mesmo tempo, comum entre juristas de diferentes povos.[140] Essa opinião, que sem dúvida é a do próprio comitê,[141] merece os maiores aplausos. Todavia, é questionável se os meios escolhidos bastam para alcançar esse fim, embora o professor de Direito Romano deva expor sua história antes de ensiná-lo e se esforçar para que o estudante "conheça seu sistema em suas linhas essenciais e suas fontes".[142] Porém, diante do tempo disponível, é absolutamente impossível ensinar mais do que os institutos básicos, pois ele dispõe de apenas seis meses de aula, duas horas por dia (segundo algumas informações escritas, apenas nove horas semanais), ou seja,

137. Como fontes sobre isso foram usadas as obras: *Instruction zur Ausführung des Lehrplanes* [*Instrução para execução do programa de ensino*], vol. 35 de Franz I. Gesetzessammlung. — U. von Heß, *Encycl. methodol. Einleitung in das juridisch-politische Studium*, Wien und Triest, 1813. Ao autor foram comunicadas, conforme p. 9, as atas sobre o programa de ensino, podendo sua exposição de motivos ser, de certa forma, considerada oficial.

138. Heß, § 39.

139. *Ibid.*, § 13.

140. *Ibid.*, § 16.

141. Cf. nota 137.

142. Heß, § 40–41.

exatamente o mesmo tempo que em Paris. É fácil calcular o que pode ser feito em tão curto período. Já foi publicado um manual baseado nesse programa,[143] no qual se percebe nitidamente quão insatisfatório deve ter ficado o ensino, certamente não por culpa do autor, cujo esforço e cujo conhecimento dos avanços mais recentes da ciência jurídica merecem o mais alto elogio. Importaria, pois, convencer-se da insuficiência desse programa e, para tanto, consultar imparcialmente a experiência de outros territórios alemães: não faltam meios para outra configuração, tampouco falta tempo. O programa foi elaborado com a suposição de que qualquer estudante deva ter apenas três horas diárias de aulas. Adotando-se, ao contrário, cinco horas por dia, ganhar-se-iam ao longo dos quatro anos dezesseis cursos semestrais completos, o que seria suficiente para incluir não apenas todas as disciplinas indispensáveis, mas também as matérias principais ministradas por diferentes professores, conferindo mais vida às universidades. Receava-se que cinco horas diárias fossem excessivas, por exigir esforço demais, especialmente ao ouvir três horas consecutivas,[144] mas remeto à experiência de outras universidades alemãs, onde isso jamais causou dificuldades. Existem até universidades em que alguns alunos assistem de 10 a 11 horas de aula por dia, o que não menciono como modelo, pois lá isso é reconhecido como excesso nocivo aos estudos.

Nos Estados prussianos, nunca foi estabelecido um regulamento de formação desde a introdução do direito territorial, e essa liberdade, comprovada pela antiga experiência das universidades alemãs, sempre foi preservada. O número de professores necessário ao ensino do direito comum não diminuiu e os curadores universitários jamais incentivaram professores ou estudantes a acreditar que alguma parte do ensino fosse dispensável. Originalmente, julgou-se aconselhável que, em cada universidade, houvesse ao menos uma cadeira dedicada ao Direito Prussiano e foi oferecido prêmio razoável ao melhor

143. Kaufmann, *Anfangsgründe des Römischen Privatrechts*, parte 1, Wien und Triest, 1814.

144. Eggers, anexo a Heß, p. 93.

manual.[145] Contudo, sequer esse incentivo obteve continuidade: a Universidade de Berlim, até hoje, não ensina o Direito Prussiano. A mesma concepção fundamenta o sistema de exames: na primeira prova de ingresso no serviço jurídico, volta-se exclusivamente ao Direito Comum; o período seguinte dedica-se à formação prática do jurista;[146] apenas as duas provas subsequentes abrangem também o direito territorial sem excluir o direito comum. Aparentemente, entende-se que a formação jurídica consiste em duas metades: a primeira (universitária) tem a tarefa de fornecer a base científica e a segunda dedica-se ao conhecimento do direito territorial, do Processo Prussiano e à prática profissional. Essa preservação da primeira fase não foi assegurada por meio de regulamento especial, mas, primeiro, pela exigência do triênio,[147] deixando a utilização adequada desse tempo à escolha do estudante e ao aconselhamento dos professores e, em segundo lugar, pela norma que determina que, para a admissão ao serviço público, seja levada em conta também a avaliação dos professores universitários e até da formação escolar anterior.[148] Deve-se reconhecer, com todo o respeito, o zelo e o esforço com que o direito territorial foi criado para sentir todo o respeito que esse processo do governo prussiano merece. Pois, embora convicto de que a nova introdução trazia avanço, o governo, por prudência, absteve-se de abolir violentamente o costume científico enraizado, surgido e desenvolvido lentamente pela necessidade e compreensão dos tempos. Também merece louvor a diligência do Tribunal da Câmara que, por sua iniciativa, recomendou às faculdades jurídicas, no ano de 1801, o uso de manuais em latim, porque desde a introdução dos manuais alemães, a linguagem técnica jurídica perdera

145. Nota preliminar ao Projeto do Código civil, parte 2, sec. 3.

146. Há um ensaio interessante sobre isso do Ministro de Justiça von Kircheisen que se encontra em Mathis, *Jurist. Monatsschrift*, vol. 4, p. 65.

147. Os rescritos sobre isso de 1804, 1809 e 1812 podem ser encontrados em: Mathis, *Jurist. Monatsschrift*, vol. 1, p. 56, 61; vol. 8, p. 352, 462. Kamptz, *Monatsschrift*, vol. 1, p. 18.

148. Reescrito de 1813, em Kamptz, *Monatsschrift*, vol. 3, p. 14.

difusão.[149] Mas o objetivo desejado será alcançado de forma ainda mais segura e completa pelo estudo das próprias fontes do que pelos livros didáticos. No tocante às aulas especificamente sobre o direito territorial, entendo que, na situação atual, não deveriam ser oferecidas. Para atender às necessidades práticas basta o treinamento posterior e, por falta de fontes históricas próprias, é difícil extrair desse objeto seu lado verdadeiramente científico. Talvez fosse diferente, caso se concretizasse o desejo mencionado acima (p. 155), de publicação de materiais do direito territorial.

Considerando em conjunto os três códigos aqui mencionados e, em especial, sua relação com a formação jurídica, fica claro que não pode surgir deles vida científica própria e que o espírito científico só permanece vivo à medida que as fontes históricas desses códigos continuem sendo objeto de todos os estudos jurídicos. O mesmo, porém, ocorrerá inevitavelmente se quisermos criar um código para toda a Alemanha. Thibaut, que recomenda isso, não quer — o que é claro, sabendo que se trata de Thibaut — eliminar a cientificidade. Ao contrário, espera ganho notável justamente para ela. Mas o que deve ser o fundamento da formação em direito futura? As fontes antigas (como na Prússia) ou o próprio novo código (como na França e Áustria)? Ele não se manifesta claramente, embora pareça inclinar-se mais para a segunda alternativa.[150] Se for essa, peço que se reflita. Pode uma ciência jurídica verdadeira e viva fundar-se em códigos novos, independentemente das fontes históricas que os precederam e dos próprios códigos existentes? Quem não reconhece essa impossibilidade não pode usar tal concepção como argumento em favor do código proposto, pois, em minha opinião, pelas razões acima expostas, é absolutamente impossível que ele se distinga genericamente dos códigos anteriores e não apenas por evitar defeitos individuais (o que pode ser considerado, porém). E sem essa diferença genérica, a incapacidade de fundamentar uma ciência jurídica independente permanecerá a mesma. É fácil, então, prever o que ocorrerá. Ou não teremos literatura jurídica algu-

149. Stengel, *Beiträge*, vol. 13, p. 214, 218.

150. Thibaut, *op. cit.*, p. 29–32.

ma, ou, muito mais provavelmente, teremos uma literatura superficial, produzida em massa e insuportável, como aquela que começava a nos inundar sob o domínio do Código. Sentiremos, assim, todas as desvantagens de um estado jurídico cultivado, porém enrijecido, movido por necessidades meramente literárias, sem qualquer compensação por vantagens correspondentes. Para dizer tudo em uma palavra, poderá facilmente ocorrer que o estado do direito civil entre nós se torne pior do que na França. Pois a busca por fundamentação científica não faz parte das necessidades nacionais dos franceses, ao contrário do que ocorre entre nós. E uma necessidade tão profundamente enraizada não se deixa relegar ao último plano.

Por outro lado, se alguém desejasse fundar a ciência jurídica nas fontes antigas, ao lado do novo código, surgiriam novamente as dificuldades já mencionadas.[151]

E, em vez de simplificar a formação, ela se tornaria mais complexa e menos gratificante, contrariando sua verdadeira finalidade. Poder-se-ia crer, por exemplo, que o sucesso seria o mesmo observado nos Estados prussianos, onde o pessoal da administração do direito é excelente, merecendo e gozando amplo respeito. Mas também essa expectativa é ilusória. Duas circunstâncias importantes levariam ao fracasso em

151. Cap. 8.

outros territórios alemães: em primeiro lugar, o caráter geral das instituições prussianas sustenta também essa instituição particular. Fora desse contexto, dificilmente se manteria em tal estado saudável. Em segundo lugar e muito mais relevante: mesmo nos Estados prussianos, a situação jurídica se tornaria diversa, pelo código proposto, da dos demais territórios alemães. Pois a formação dos juristas prussianos se baseia nas universidades e, portanto, nas fontes do direito comum. A formação universitária constitui, assim, juntamente com as demais universidades alemãs, um corpo único. Mas não é possível medir quanta força vital essa formação recebe do fato de que, no restante da Alemanha, essas fontes ainda são direito vigente e como essa força e vitalidade desapareceriam caso deixassem de sê-lo. Assim, a formação universitária ficaria sem vigor no âmbito do Código alemão, e, evidentemente, a experiência atual não nos poderia proteger contra esse perigo, do qual, até agora, fomos preservados pelo Estado prussiano.

10
O ELEMENTO COMUM

A consequência desses pontos de vista é que a formação científica do direito, à qual cabem sua conservação e seu enobrecimento, deve ser igual em ambos os tipos de territórios, tanto nos que possuem códigos quanto nos que não os possuem. Não restrinjo essa comunidade apenas ao direito comum. Ao contrário, por duas razões ela deve estender-se também aos direitos territoriais. Em primeiro lugar, porque os direitos territoriais, em sua maior parte, somente podem ser compreendidos por meio da comparação e do retorno às velhas raízes nacionais. Em segundo lugar, porque toda a história dos territórios alemães é, por si só, de interesse natural de toda a nação. Ninguém pode negar que, até agora, os direitos territoriais foram os menos tratados desse modo,[152] mas há muitas razões para esperar um futuro mais favorável, com a participação geral na história da pátria, o que deverá vitalizar o estudo dos direitos territoriais, que não devem ser relegados ao mero ofício, assim como não o deve ser o direito comum. Assim, nossa opinião nos conduz, por outro caminho, ao mesmo destino almejado pelos de-

152. Thibaut, *op. cit.*, p. 27, 28.

fensores de um código geral: fazer do direito civil um assunto comum da nação e, com isso, ao mesmo tempo, fixar mais um ponto de sua unidade. Entretanto, nossa opinião leva esse resultado mais longe, estendendo-se de fato a todos os territórios alemães, enquanto o código proposto dividiria a Alemanha em três grandes territórios, separados pelo direito civil e de modo até mais rígido do que anteriormente: Áustria, Prússia e os territórios do Código.[153]

Portanto, considero prioridade nacional que essa comunidade do direito civil seja reconhecida e adotada em todas as verdadeiras instituições, como condição essencial para a união que se pretende fundamentar nesse elemento comum. O mesmo princípio válido para a língua e a literatura — pois, na realidade, não há uma língua ou literatura prussiana ou bávara, mas uma língua e literatura alemãs — aplica-se também às fontes originais do nosso direito e à sua exploração histórica.

Nenhum regente pode criar isso por mera arbitrariedade e ninguém pode impedi-lo. Apenas pode ser mal compreendido. E todo erro acerca do que realmente pertence à nação, quando tomado equivocadamente como patrimônio exclusivo de tribos isoladas, produz ruína.

Ao refletirmos e buscarmos um meio pelo qual essa formação comum possa ser fundada e promovida externamente, encontramos esse meio — criado não por vontade arbitrária, mas preparado há séculos pela necessidade da nação — nas universidades. Deve-se esperar das universidades o fundamento mais profundo do nosso direito e, sobretudo, do direito patriótico, para o qual temos mais a trabalhar do que por qualquer outra coisa. E devemos também exigi-lo delas com seriedade. Mas, para que possam cumprir essa missão, há um desejo cuja realização os que discordam de nossas opiniões também aprovariam de coração. Áustria, Baviera e Württemberg, essas extraordinárias tribos históricas, algumas desde sempre, outras atualmente, não mantêm intercâmbio com

153. As propostas atuais de um código novo a ser introduzido foram causadas apenas pela situação dos territórios nos quais até agora valiam o direito comum ou o Código, e tenho aceitado tacitamente que a própria proposta não vai além daquela causada. Se a Áustria e a Prússia fossem incluídas, pelo lado político essa completude seria muito louvável, mas para os territórios deveria ser levado em consideração o que disse acima (cap. 8) com relação a outros argumentos contra a revogação de seus códigos.

o restante da Alemanha quanto às aulas universitárias. Esse intercâmbio traz muitos benefícios aos demais territórios. Ele é dificultado, em parte por costumes e em parte por leis restritivas. A experiência do período recente demonstrou quanta confiança os povos alemães podem depositar uns nos outros e quanto sua salvação reside apenas na união mais íntima. Por isso, parece ser chegado o momento de que esse intercâmbio não somente seja permitido, mas incentivado e promovido. Ninguém pode considerá-lo perigoso: ao contrário, é evidente que ele favorece a fraternização entre os povos. Esse intercâmbio não seria apenas politicamente importante; seria ainda mais benéfico para o valor interno e científico das próprias instituições de ensino. Assim como não se pode manter um sistema monetário defeituoso de um Estado isolado no comércio global sem logo sentir suas consequências devastadoras, também a configuração imperfeita das universidades, no que se refere a esse desejado intercâmbio, logo se revelaria e seria aperfeiçoada. Todas as universidades se apoiariam e se fortaleceriam mutuamente, e a experiência de cada uma se tornaria patrimônio comum.

11
PROPOSTA DE THIBAUT

Thibaut afirma, no início de seu ensaio, que fala como amigo vigilante de sua pátria, e ele certamente tem o direito de dizê-lo. Pois na época do Código, em uma série de resenhas, defendeu a dignidade da jurisprudência alemã, enquanto alguns saudaram, com um aplauso tolo, a sabedoria estrangeira, e outros até mesmo o domínio ao qual ela conduzia. O objetivo de sua proposta, a unificação da nação de modo mais firme e íntimo, confirma seu bom espírito, que reconheço com alegria. Até aqui estamos de acordo e, portanto, nossa disputa não é hostil. Cuidamos do mesmo fim e discutimos apenas os meios. Mas, quanto a estes, nossas opiniões divergem profundamente. Muito já foi tratado acima no contexto da presente investigação, mas a proposta de Thibaut ainda precisa ser examinada por si mesma.

Thibaut presume que o código proposto poderia ser elaborado em dois, três, quatro anos,[154] não como mera ajuda, mas como um código de honra que deve ser herdado quase como sacramento para filhos e

154. Thibaut, *op. cit.*, p. 64.

netos,[155] e que, mesmo no futuro, apenas alguns pontos precisariam ser aperfeiçoados.[156] Não que ele considere esse trabalho fácil. Ao contrário, estima-o como o mais difícil dentre todos.[157] Naturalmente, a questão principal é: quem deveria realizar essa obra? É muito importante que o presente não nos engane com expectativas exageradas, mas que observemos calma e imparcialmente as forças que temos à disposição. Thibaut também o faz. Devemos contar com duas classes de trabalhadores: homens da prática e juristas eruditos. Naturalmente, ele exige ambos, mas sua expectativa individual quanto aos primeiros é baixa[158] e, conforme algumas manifestações, mesmo quanto aos eruditos ele não acalenta esperanças exageradas.[159] Por isso, exige um trabalho colegiado: não um ou poucos, mas muitos e de todos os territórios devem elaborar o código.[160]

Entretanto, existem na vida empreendimentos em que seis pessoas produzem exatamente seis vezes o efeito de uma, outros em que o efeito é maior, e outros ainda em que o efeito conjunto é muito menor. O código pertence a esta última categoria: a força reunida de muitos não cresce proporcionalmente. Mais ainda, por sua própria natureza, ele não é uma soma de disposições individuais, mas um todo orgânico. Por isso, pode haver um colegiado de magistrados, pois, em cada sentença, os votos podem ser dados e contados. Mas isso nada tem de semelhante à elaboração de um código. Volto ao ponto já explicado acima: entre os romanos da época de Papiniano, um código foi possível porque toda a literatura jurídica era um organismo vivo. Pode-se dizer (com uma expressão moderna) que, naquele tempo, os juristas individuais eram fungíveis: cada qual representava fielmente o espírito do todo. Nessas circunstâncias,

155. *Ibid.*, p. 59, 60.

156. *Ibid.*, p. 41.

157. *Ibid.*, p. 35.

158. *Ibid.*, p. 36–39.

159. *Ibid.*, p. 17, 29.

160. *Ibid.*, p. 35, 36, 40.

havia vários caminhos para um bom código: elaborado por um só, com correções posteriores de pontos isolados, ou por muitos, independentemente, sendo a comparação e fusão de suas obras capaz de gerar um novo conjunto, mais completo, porém de mesma espécie.

Peço que se compare essa situação com a nossa, que é exatamente o oposto. Começando pelo menor: escolham-se alguns juristas vivos e pergunte-se se, do trabalho conjunto deles, poderia resultar um único sistema do direito vigente. Rapidamente se reconhecerá a total impossibilidade. Não se pode negar que o código é obra tão maior e mais exigente de unidade orgânica que, se não fosse uma construção mecânica e privada de vida (e, portanto, desprezível), só poderia ser elaborado por uma pessoa. Aos demais caberiam apenas serviços auxiliares: conselhos, pareceres sobre dúvidas pontuais e, posteriormente, correções de defeitos isolados. Quem admitir que nesse ponto temos razão, deve perder toda a esperança quanto a tal possibilidade na época atual. Pois encontrar esse indivíduo, o verdadeiro legislador, é absolutamente impossível. Devido à profunda diversidade do cultivo intelectual e jurídico entre nossos juristas, nenhum indivíduo pode ser considerado representante do conjunto.

12
FIM

Resumo ainda uma vez, em breves palavras, em que pontos minha opinião coincide com a dos partidários de um código e em que pontos dela se afasta.

No objetivo, estamos de acordo. Queremos lançar o fundamento de um direito seguro contra a intervenção da arbitrariedade e do espírito público iníquo. Queremos igualmente a comunidade nacional e a convergência de seus esforços. Para isso, eles exigem um código que, entretanto, só produziria unidade em metade da Alemanha, deixando a outra metade ainda mais rigidamente separada do que antes. Vejo o meio certo em uma ciência jurídica que se desenvolve organicamente, podendo ser comum a toda a nação.

Também concordamos na avaliação do estado atual: ambos o reconhecemos como defeituoso. Porém, eles veem a causa do mal nas fontes do direito e acreditam remediá-lo com um código; eu a encontro dentro de nós e creio, por isso, que não temos vocação para tal empreitada.

As seguintes palavras de um dos mais nobres alemães do século XVI parecem ditas inteiramente para o nosso tempo:[163]

> "Pois, voltando meu olhar aos livros jurídicos e conhecendo os perigos que ameaçam a Alemanha, muitas vezes todo o corpo me estremece, ao considerar quantos males se seguirão, se a Alemanha, por causa das guerras, viesse a perder essa doutrina erudita do Direito e esse ornamento das cortes... Não nos deixemos, pois, amedrontar pelos perigos; não se abata o nosso ânimo, nem abandonemos a posse do nosso estudo. — Que Deus, portanto, incline os espíritos dos príncipes e dos potentados para a conservação dessa doutrina, é coisa que convém ardentemente desejar aos homens bons e prudentes. Pois, uma vez tirada, nem se pode dizer quanta tirania se seguiria nos salões, quanta barbárie nos tribunais e, por fim, quanta confusão em toda a vida civil; e, para que Deus o impeça, peçamos isso de todo o nosso espírito".

163. Melanchthon, *Oratio de dignitate legum*, em *Select. declamat*, t. 1, Servestae, 1587, p. 247; e *Or. de vita Irnerii et Bartoli*, t. 2, p. 411. [Philipp Melanchthon (1497–1560), humanista e teólogo da Reforma, escreveu a *Oratio de dignitate legum* ("Discurso sobre a dignidade das leis") em defesa do estudo do direito como saber essencial à preservação da ordem política e moral. Ao encerrar seu texto com essa referência, Savigny destaca, mais uma vez, que a tarefa de seu tempo não é precipitar um código, mas proteger e cultivar a dignidade da ciência jurídica. (N. do E.)]

APÊNDICE I

Posicionamentos a favor e contra novos códigos legais por Savigny

Impresso extraído da Revista de Ciência Histórica do Direito, publicado por F. C. von Savigny, C. F. Eichhorn e J. F. L. Göschen. volume 3, caderno 1. Berlin, 1816. 8. p. 1–52.

Quando uma controvérsia científica é conduzida de modo vivo e com ampla participação, costuma trazer consigo, ao lado de grandes vantagens, também perigos não insignificantes. O fato de que cada opinião, diante de determinados adversários, seja elaborada de forma mais completa e fundamentada com maior firmeza é, sem dúvida, favorável à verdade; porém, com demasiada facilidade, o debatedor perde a imparcialidade, a única capaz de fazer justiça, em todos os aspectos e matizes, tanto à sua própria opinião como à dos outros. Assim sucede que, frequentemente, na mesma proporção em que os objetos se tornam, em si mesmos, mais evidentes, a faculdade de discernimento se obscurece justamente naqueles pelos quais a opinião dos demais deveria ser conduzida e determinada.

Essas boas e terríveis consequências podem também ter-se manifestado na controvérsia que, há alguns anos, vem sendo travada acerca da questão de como os nossos Estados alemães devem tratar, de modo apropriado, o Direito Civil. Mas que se deve fazer, então? Devemos calar-nos, para que as paixões se aquietem; calar-nos, até que tudo se torne novamente indiferente quanto ao assunto? De forma alguma. Cumpre-nos, porém, ponderar cuidadosamente o perigo antes mencionado e ser rigorosos para conosco e para com os outros. Pois, tanto em nossa própria opinião como na contrária, pode-se distinguir o que lhe pertence por sua própria nature-

za daquilo que a parcialidade lhe acrescentou. Em toda parte em que uma fraqueza da própria opinião, ou uma força da opinião alheia, é contornada ou encoberta, já não é a opinião que fala ou se cala, mas sim a parcialidade; e, por mais inconscientes que possamos estar no jogo que tal parcialidade conosco joga, o jogo em si é sempre censurável, e fazemos bem em rastreá-lo por toda parte, em nós mesmos e em nossos adversários.

Este prefácio deveria indicar o ponto de vista a partir do qual se deseja que o ensaio a seguir seja considerado. Neste ensaio, pretende-se oferecer uma visão de conjunto das diversas opiniões e manifestações que, desde a publicação do meu escrito (1814) sobre a questão, se fizeram ouvir, sem que eu, contudo, me comprometa nem com absoluta completude nem com rigorosa ordem cronológica.

A. Posicionamentos a favor de novos códigos legais[164]

1. Thibaut

Da necessidade de um Direito Civil geral para a Alemanha [*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*], segunda edição, in: *Ensaios de Política* [*Politische Abhandlungen*], Heidelberg, 1814, 8., p. 404 *et seq.*

Anuários de Heidelberg [*Heidelbergische Jahrbücher*]

1814, p. 929 *et seq.*;

1815, p. 625 *et seq.*, p. 657 *et seq.*;

1816, p. 193 *et seq.*

Que as afirmações anteriores do autor acerca da desejável unidade do Direito em toda a Alemanha, bem como da necessidade de novos códigos, sejam aqui repetidas e reafirmadas, é algo que se compreende por si mesmo. Aqui, porém, deverão ser destacadas apenas aquelas manifestações que sejam, em si mesmas, novas, ou que ao menos possam dar ensejo a novos desenvolvimentos.

164. A obra mais extensa, a que aqui se faz referência (de Gönner), já havia sido anteriormente anunciada neste periódico (v. 1, p. 373 *et seq.*).

Assim, combate-se aqui a opinião segundo a qual o Direito deveria possuir uma natureza inalterável e imóvel: ao contrário, afirma-se que o Direito foi, em todos os tempos, mutável, e que seria prejudicial querer agora fixá-lo rigidamente.[165] Todavia, a imobilidade do Direito, tomada em sentido estrito, jamais foi de fato afirmada. Também o corpo humano não é inalterável, mas cresce e se desenvolve incessantemente; e, desse modo, considero o Direito de cada povo como um membro do corpo desse povo, e não como uma veste feita arbitrariamente, da qual se possa, com igual arbitrariedade, despir, trocando-se por outra.

Uma nova e chamativa perspectiva é aberta pelo autor da História do Direito. Segundo a sua opinião, tão logo estivéssemos libertos da necessidade de um Direito comum, a História do Direito, não mais limitada a um único povo, poderia abranger todos os povos.

> "Pois esta não é a verdadeira História viva do Direito" — diz ele —, "aquela que, com o olhar rigidamente fixado na história de um só povo, dela extrai todas as minúcias e, com essa sua micrologia de dissertação, se assemelha ao *et cetera* de um grande prático. Assim como se quisesse aconselhar o viajante europeu, cujo espírito foi profundamente tocado e que deseja encontrar a sua salvação apenas fora da Europa, assim também as nossas histórias do Direito, para se tornarem verdadeiramente pragmáticas, deveriam abarcar de modo amplo e vigoroso as legislações de todos os outros povos, antigos e modernos. Dez aulas espirituosas sobre a constituição jurídica dos persas e dos chineses despertariam em nossos estudantes um mais autêntico senso jurídico do que cem aulas sobre as lastimáveis sutilezas às quais estava submetida a sucessão intestada desde Augusto até Justiniano."[166]

Essa exigência de uma História do Direito universal já havia sido formulada anteriormente, de modo mais desenvolvido, por Feuerbach.[167] Há algo de verdadeiro nessa concepção; porém, tal como é apresentada por

165. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1815, p. 659.

166. *Ensaios de Direito Civil* [*Civilistische Abhandlungen*], p. 433.

167. Prefácio aos *Ensaios jurídicos* (*Juristische Abhandlungen*), de Unterholzner. Munique, 1810, p. XII–XVII.

Feuerbach e, ainda mais, por Thibaut, conduz necessariamente a graves equívocos. Antes de tudo, não há confusão mais prejudicial do que a da micrologia com o conhecimento especial e pormenorizado dos detalhes. A micrologia, com efeito, deve ser pouco estimada por todo homem razoável; o conhecimento exato e rigoroso dos detalhes, porém, é, em toda a História, tão pouco dispensável que constitui, ao contrário, a única coisa capaz de assegurar-lhe valor. Uma História do Direito que não se funde nessa investigação minuciosa do particular nada mais pode oferecer, sob o nome de grandes e vigorosas perspectivas, do que um raciocínio geral e superficial acerca de fatos apenas parcialmente verdadeiros; e um procedimento assim, considero-o tão vazio e estéril que, diante dele, dou preferência até mesmo a um empirismo inteiramente bruto. Disso decorre que ao menos o tempo e a energia que seriam empregados no estudo do Direito Persa e Chinês não poderiam ser subtraídos da História do Direito Romano e Alemão. Além disso, cumpre ainda ponderar que, para o Direito da maioria dos povos e épocas, grosso modo, deve faltar qualquer material histórico verdadeiramente aproveitável. Em geral, podemos ter boas notícias acerca do estado de um povo, enquanto sabemos muito pouco de verdadeiro sobre a sua constituição e sobre o seu direito civil; pois tais objetos exigem um olhar exercitado, e quem se propõe a expô-los sem esse preparo, na maioria das vezes, deixa escapar justamente o que é propriamente verdadeiro e instrutivo — como o constatamos não apenas em viajantes, mas também em historiadores nativos, os quais, por falta de conhecimento efetivo dos próprios assuntos, frequentemente mais confundem o leitor do que o instruem. Por fim, devo protestar, em especial, contra a imparcialidade com que se apresenta a História do Direito de todos os povos como se fosse, em geral, aproximadamente igual em interesse e em proveito. Posto de lado que, aqui como em outras coisas, o virtuosismo de alguns povos estabelece uma diferença nada pequena — assim, por exemplo, a contemplação de obras de arte gregas desenvolve muito mais o senso artístico do que a de obras chinesas —, além disso há ainda outra diferença inteiramente decisiva. Também aqui tudo depende da questão fundamental de saber se (como creio) o Direito que nasceu com uma nação e, igualmente, o que lhe foi originariamente estranho, mas viveu nela por muitos séculos, se tornou uma parcela do seu próprio ser; ou se (segundo a doutrina dos adversários) cada instante pode e deve perguntar qual Direito deve vi-

gorar no instante seguinte, de sorte que, sob essa consideração, os códigos de todos os tempos e de todos os povos deveriam jazer diante de nós para uma seleção indistinta e arbitrária. Do meu ponto de vista, deve-se atribuir à História do Direito de diversos povos uma importância muito desigual. O mais importante, com efeito, é e permanece sendo a história dos direitos que nos dizem respeito, isto é, dos direitos germânicos, do Direito Romano e do Direito Canônico, devendo-se, contudo, considerar que o Direito Germânico, do ponto de vista científico, de modo algum se restringe ao que vigora na Alemanha, mas antes abrange todas as estirpes germânicas. Os direitos de nações inteiramente estranhas, ao contrário, têm para nós um interesse novamente muito desigual, conforme a condição desses povos tenha, em maior ou menor grau, parentesco com a nossa; de modo que, por essa razão, o direito de todas as nações cristãs europeias de tronco não germânico, não obstante essa ascendência estranha, nos diz muito mais de perto do que os direitos dos povos orientais.

Entende-se, porém, por si mesmo, que aqui se trata apenas de diferentes graus de interesse, e que nenhum conhecimento dessa natureza, desde que seja um conhecimento verdadeiro, deve ser considerado, em si, de pouca importância. Se tais concepções forem corretas, segue-se daí que, na nossa maneira de tratar a História do Direito, há, com efeito, uma deficiência bastante sensível, uma vez que o direito das diversas nações europeias, especialmente daquelas de origem germânica, não deveria ser negligenciado. Pois, em primeiro lugar, é possível, por esse meio, alcançar um conhecimento mais vivo e frutífero; e, em segundo lugar, ele se encontra tão próximo da nossa própria situação jurídica que esta só pode ser plenamente reconhecida em conexão com ele.

Seria desejável que, mesmo em nossas universidades, não faltasse a oportunidade de tais cursos, e que jovens capazes fossem, para esse fim, escolhidos e apoiados pelos governos. Uma exigência indispensável, contudo, deveria ser que tais homens não se tivessem formado apenas por meio de um estudo aprofundado das fontes, mas também, ao mesmo tempo, por meio de uma permanência na Inglaterra, na Dinamarca, na Suécia etc., pois somente assim seus conhecimentos poderiam ganhar vida e clareza intuitiva. Quanto à medida em que, por meio dessa ampliação da História do Direito, também a história geral dos povos haveria de ganhar, isso é evidente; e também Thi-

baut, bem como todo aquele que espera da legislação toda a salvação, teria de concordar com esse desejo. Pois também para a legislação seria, sem dúvida, uma vantagem essencial que nela trabalhassem homens cujo horizonte tivesse sido ampliado por uma visão jurídica tão multifacetada.

Thibaut chamou repetidas vezes a atenção para o fato de que a massa de material que temos de trabalhar cresce continuamente e que, por conseguinte, é cada vez mais difícil — ou mesmo impossível para o indivíduo — dominá-la de modo completo, tanto no que concerne às fontes como à literatura.[168] Essa queixa é fundada, e todo aquele que trabalha conscienciosamente se sentirá, com frequência, oprimido por esse estado de coisas. Mas como pôde passar despercebido que esse mesmo estado justamente também dificulta a elaboração cuidadosa de novos códigos legais, constituindo, assim, um motivo de grande peso contra a exortação de Thibaut em favor de um código geral? Não podemos, com efeito, arrogar-nos a pretensão de decidir tudo de maneira excelente, apenas por meio de boas ideias ocasionais, em uma matéria que se desenvolveu de forma tão minuciosa como o Direito Civil; tampouco podemos prescindir do bom conselho dos contemporâneos e de nossos predecessores — o que, aliás, não é de modo algum a opinião de Thibaut.

Nesse estado das fontes e da literatura, porém, pode facilmente ocorrer que, em muitos pontos, a única concepção correta, já há muito encontrada (e que nem sempre é a dominante ou a mais conhecida), nos escape, não porque tenhamos desconhecido a sua justeza, mas simplesmente porque o acaso não a colocou diante de nossos olhos. Se quisermos ser francos, devemos admitir que o estado acima descrito não confere novo peso a nenhuma das duas posições, pois é igualmente incômodo e impeditivo para ambas. Por isso, parece-me aconselhável, nesse ponto, esquecer a nossa controvérsia e aconselharmo-nos fraternalmente sobre como seria possível remediar um mal que não produzimos e pelo qual não somos responsáveis. Ao final do presente ensaio, comunicarei os meus pensamentos a esse respeito.

168. *Ensaios de Direito Civil* [*Civilistische Abhandlungen*], Heidelberg, 1814, p. 416. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1814, p. 940.

Algumas novas manifestações de Thibaut merecem aprovação sem reservas. Assim, por exemplo, esta passagem:

> "Se os nossos governantes alemães voltarem a conduzir a questão de modo tão lamentável quanto outrora tantas outras importantes matérias de Estado, serei com prazer o primeiro a atacar a nova obra com um vigoroso discurso de censura."[169]

Do mesmo modo, é digno de aplauso o desejo de que, na falta de um código alemão geral, se prefira elaborar um código legal de forma conjunta por vários Estados, em vez de cada um isoladamente.

> "Não apenas as relações civis o tornam aconselhável no mais alto grau, mas também o fato de que raramente um único Estado alemão se encontra em condições de criar, pelas forças dos seus próprios juristas, um direito civil plenamente acabado."[170]

De modo mais claro do que anteriormente, Thibaut explica agora como concebe a cooperação colegiada na elaboração de um código: tratar-se-ia, a saber, de votar sobre questões individuais previamente formuladas.[171] Isso é, sem dúvida, muito compreensível; contudo, por esse caminho não nasce código algum. O essencial é e permanece sendo a redação do todo, e esta necessariamente teria sempre de incumbir a um só indivíduo, ainda que pudesse depois ser examinada e aperfeiçoada por outros.

Thibaut supõe que na Alemanha não se chegará à promulgação de um código geral; antes, cada Estado obterá o seu próprio direito particular (o que, naturalmente, seria o resultado mais lamentável). "Com isso", acrescenta, "também a ciência do Direito estaria naturalmente arruinada, e então se poderia voltar a dizer aos amigos da ciência, que hoje combatem pelo antigo, aquilo que tantas vezes se diz: que Deus nos preserve apenas de nossos amigos".[172] Isso soa quase como se as vozes que se

169. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1814, p. 938.

170. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1816, p. 200.

171. *Ibid.* p. 198–200.

172. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1816, p. 200.

levantaram contra um código geral tivessem impedido a sua elaboração e, em contrapartida, produzido uma inclinação para códigos particulares. Mas isso pode residir apenas na forma de expressão, pois, seriamente, ninguém afirmará que, sem essas vozes, um código geral provavelmente teria existido. A tendência de alguns governos a afastar de si tudo o que é comum dificilmente foi provocada por tais escritos; e mesmo que estes tivessem efetivamente chegado ao seu conhecimento e obtido a sua aprovação — o que é muito duvidoso —, seu efeito teria consistido antes de tudo em impedir a fixação arbitrária de direitos particulares dos Estados individuais.

2. Feuerbach

> Prefácio à obra de Nepomuk Borst, O ônus probatório no processo Civil [Die Beweislast im Civilproceß], Bamberg e Leipzig, 1816. 8.

A decisão ou a mediação da controvérsia — diz Feuerbach — não deveria ser tentada nestas poucas palavras; ele próprio considera justo e bom que, em uma questão desse tipo, cada qual manifeste publicamente a sua convicção,[173] manifestação à qual certamente todo espírito imparcial dará plena aprovação. Nisso, Feuerbach está de acordo comigo; mais ainda, ele considera como algo jamais contestado "que tudo depende do desenvolvimento e da apresentação do Direito próprio do povo, que passou para a vida da nação" (p. XVI). Apenas lhe parece incompreensível o que a História teria a ver com a investigação desse Direito dado, vivo no povo.

"A História explica como algo veio a ser pouco a pouco; como e o que esse algo é, a História não ensina. Aquilo que pertence à História já está morto para a vida", etc. (p. XVII). Essa concepção da História é muito estranha. Será possível compreender o presente de um estado orgânico de outra forma que não em conexão com o seu passado, isto é, de outro modo que não geneticamente? Um excelente escritor exprime isso da seguinte maneira:

173. Prólogo, p. XI.

"Daquilo que outrora valeu como Direito surgiu o Direito hoje vigente; e este é apenas por isso aquilo que é e como é, porque o antigo, ao envelhecer, deu à luz o novo. No passado de milênios reside o germe da legislação à qual hoje servimos. O germe teve de perecer para que o fruto surgisse; mas posso eu compreender a existência do fruto sem remontar do seu ser ao seu devir e do seu devir ao último fundamento do seu tornar-se? Apenas a turba de espíritos rasteiros fica boquiaberta diante do que é, e nada vê além disso nem quer ver além disso; o como e o porquê, porém, todo espírito de melhor natureza reserva para si."[174]

Evidentemente, nessa mais recente manifestação de Feuerbach está na base a mesma confusão que já se encontra em outros autores: a confusão, a saber, entre a visão histórica do Direito e uma predileção especial pelo antigo em detrimento do presente, ou mesmo pelo romano em detrimento do pátrio.

Por fim, os adversários dos códigos são constrangidos pelo exemplo dos romanos, os quais, guiados por um entendimento seguro, teriam redigido as suas Doze Tábuas sem se deixarem perturbar pelas considerações cautelosas que hoje se opõem às novas codificações (p. XXII–XXVI). Se se associa a isso o que antes se disse (p. VI–X) acerca da falta de praticidade dos nossos juristas teóricos, poderia parecer que toda a controvérsia se travasse entre práticos, que exigem códigos, e teóricos, que, por um espírito impraticável, os recusam. Mas justamente aí reside a nossa desventura: faltam-nos os verdadeiros práticos, pois os nossos, em sua maior parte, não são senão teóricos que, via de regra, ficaram parados a meio caminho. Nisso, à época das Doze Tábuas, a situação era inteiramente diversa, pois ninguém redigia então o Direito senão quem possuía dele o conhecimento mais intuitivo e mais vivo, e não se escrevia nada além do que podia ser objeto de intuição imediata e de experiência direta.

Tal como hoje nos encontramos, porém, não podemos elaborar código algum que não seja, essencialmente, um trabalho científico, de

174. Feuerbach sobre a obra *Filosofia e Empirismo* [*Philosophie und Empirie*]. Landshut. 1804. 8. p. 43.

modo que os nossos códigos, no caso mais favorável, não poderão permanecer livres dos vícios próprios da nossa época, a qual vive na abstração. Por isso, na verdade, não parece inteiramente adequado invocar as Doze Tábuas quando se pretende averiguar a conveniência de novos códigos por meio de exemplos do passado. Se esse caminho deve ser seguido, é manifestamente mais apropriado tomar como exemplo um estado de coisas aparentado ao nosso. Para esse fim, escolho o Código Criminal Bávaro de 1813.[175]

Depois de reunida, para esse código, grande quantidade de materiais de toda espécie, e tendo malogrado também uma primeira tentativa, no ano de 1804 Feuerbach foi encarregado desse trabalho. O projeto por ele redigido foi, primeiro, examinado e aperfeiçoado por uma comissão legislativa própria; depois, por uma comissão do Conselho Secreto; por fim, pelo Conselho Secreto reunido, e assim, ao cabo de nove anos, o resultado desses esforços sérios e múltiplos foi elevado à condição de código.[176]

De fato, nada se omitiu do que pudesse conferir a essa obra importante a máxima perfeição, nem nas reiteradas e cuidadosas revisões, nem na redação do projeto, confiada a um homem que, em seu ramo, gozava justamente da primeira reputação — reputação tal que, no Direito Civil, não coube a nenhum dos estudiosos hoje vivos.

Não temos notícia exata do procedimento seguido na redação das Doze Tábuas; mas podemos admitir com segurança que nelas não se empregou cautela tão grande. E qual foi, então, o destino ulterior daquele código do ano de 1813?[177] Até agora, já apareceram, a respeito desse código, em parte no diário oficial do governo, em parte em publicações especiais, cento e onze emendas modificativas, entre as quais uma — datada de 25 de março de 1816 — redefiniu inteiramente a doutrina do furto; a reformulação completa da doutrina da apropriação

175. *Código de Direito Penal do Reino da Baviera* [*Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*]. Munique, 1813. (O decreto de promulgação é datado de 16 de maio de 1813). Observações sobre o Código Penal [*Anmerkungen zum Strafgesetzbuche*]. Volumes 1 e 2. Munique, 1813. Volume 3. 1814. 8.

176. *Observações*, v. 1, p. 12–19.

177. Tomo essa informação da carta de um advogado bávaro, datada de 22 de maio de 1816.

indébita e da fraude ainda não havia sido publicada, mas circulava entre os membros da comissão legislativa. Qualquer pessoa admitirá que uma mudança legislativa tão súbita não constitui uma situação feliz. E, além disso, seja qual for o juízo que se faça sobre os códigos em geral, deve-se reconhecer que, aqui, uma de duas coisas há de ser verdadeira: ou havia fundamentos para essa rápida e profunda alteração, ou não. No primeiro caso, então, um código — apesar das grandes medidas de cautela acima mencionadas — pôde fracassar em tal grau. No segundo caso, abandonou-se de modo inteiramente arbitrário uma boa lei logo após a sua entrada em vigor, sem consideração pela segurança e pela estabilidade do Direito, que assim teriam sido expostas ao perigo extremo.[178] Qualquer que seja desses dois casos o verdadeiro — sobre o que me abstenho de todo juízo —, parece, de fato, que uma época em que qualquer deles possa ocorrer não tem vocação para a elaboração de um código. E que se deve dizer quando, diante de tais experiências, Thibaut ainda pode alimentar a esperança de que o código que ele exige venha a servir por muitos séculos de fundamento à vida civil![179] Acaso se responderá que, no futuro código, tudo aquilo que no anterior foi mal conduzido será feito de modo irrepreensível, e que os governos, que até agora concederam com demasiada facilidade espaço a mudanças arbitrárias, passarão então a demonstrar a mais alta perseverança na manutenção do que foi estabelecido? Mas, nesse caso, não posso deixar de recordar as próprias palavras de Thibaut:

> "De fato, suscita pensamentos muito sombrios ver diariamente como a maioria de nossas concepções políticas desemboca em devaneios. Concebe-se algo verdadeiramente ideal, faz-se apenas a pequena pressuposição de que os sábios e os justos se encarregarão da execução, e então tudo transcorre em entusiasmo e alegria."[180]

178. Por meio desta experiência, teria se concretizado, literalmente, aquilo que eu havia dito neste periódico (v. 1, p. 421 e 422), sem conhecer este caso.

179. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1816, p. 199.

180. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1816, p. 199.

3. Pfeiffer

> *Ideias de uma nova legislação civil para os Estados alemães* [*Ideen für eine neue Civilgesetzgebung für die Teutschen Staaten*], de D. B. W. Pfeiffer, Conselheiro do governo do Principado eleitorado de Hesse em Cassel. Göttingen. 1815. 8.

É extremamente louvável que, neste livro, um jurista prático experiente tenha querido fazer ouvir a sua voz nessa importante questão, contribuindo assim de modo significativo para a diversidade de pontos de vista. Merece, sobretudo, honrosa menção o fato de o autor reconhecer a indispensabilidade da formação erudita mesmo para fins práticos (p. 5, 84 *et seq.*), bem como de querer levar isso em especial consideração na fundamentação da nova ordem jurídica. E, de fato, o autor pôde formar a esse respeito um juízo muito válido, uma vez que ele próprio demonstrou, por meio de escritos estimados, uma sólida formação científica em seu campo e, além disso, durante o período westfaliano, esteve em condições de perceber quão lamentável é a situação de um Direito que, de maneira meramente mecânica, pode ser aprendido apenas para satisfazer às necessidades exteriores (p. 65–66).

O traço peculiar de sua proposta, por meio da qual esse objetivo deveria ser vinculado à unidade do Direito, etc., consiste em que todas as fontes do Direito até então vigentes, inclusive o direito consuetudinário, deveriam ser abolidas e substituídas por um novo código; esse código deveria ser construído inteiramente sobre o Direito atualmente vigente, conter apenas princípios gerais e positivos (não já de direito natural) e, ainda assim, ser plenamente completo, a fim de tornar dispensáveis, como já observado, todas as demais fontes (p. 62–64, p. 78). Em essência, isso significa apenas o seguinte: o código não deveria ser extenso como o *Landrecht* (Código dos Territórios) prussiano, mas conciso como o código austríaco; não consigo descobrir em todo o plano nada de realmente novo do qual se pudessem esperar frutos inteiramente próprios. Também aqui, portanto, subsistem intactos os fundamentos gerais contrários: que de modo algum estamos preparados para elaborar

um código dessa espécie;[181] que a vida científica do Direito pereceria; e que o código, para fins de aplicação, teria novamente de ser cercado por um ambiente invisível de prática judicial, de doutrina, ou como quer que se o denomine, o qual acabaria por ser o verdadeiramente dominante, mas que se formaria de maneira casual, arbitrária e inconsciente, ao passo que hoje encontra, na ligação com séculos passados, uma magnífica raiz vital. Um tal ambiente espiritual, invisível, é por toda parte — inclusive no código mais rico e mais profundamente elaborado — o verdadeiro assento do Direito vivo; e é incompreensível como o autor (p. 47 e 50) pôde considerar a afirmação de Hugo nesse sentido como algo inteiramente próprio e jamais ouvido. O *Landrecht* prussiano, por exemplo, proíbe expressamente todos os costumes que derroguem a lei e, em especial, toda consideração do uso forense;[182] e, contudo, por mais novo que seja esse código, ele se modificou, se completou e se configurou de múltiplas maneiras pela sua aplicação nos tribunais, de tal sorte que o *Landrecht* escrito de modo algum é idêntico ao Direito vivo nos tribunais prussianos. Assim ocorre por toda parte, e assim deve permanecer; apenas, há aí uma grande diferença conforme esse ambiente invisível se forme predominantemente no uso forense, ou nos costumes gerais do povo, ou na doutrina das escolas, ou na doutrina dos escritores, e aqui ainda, se no espírito erudito ou apenas no prático. Toda unilateralidade nisso é prejudicial; o justo equilíbrio e a interação dessas forças (às quais pertencem também o contato e a convivência) constituem, por si sós, um estado saudável. O pior, porém, é enganar-se quanto à inevitabilida-

181. O Autor procura demonstrar, por meio de passagens coligidas de diferentes séculos (p. 43–44), que a queixa acerca da incapacidade seria infundada, porquanto ela teria sido, em todos os tempos, a mesma; disso pareceria seguir-se que, igualmente em todos os tempos, teria havido um grau muito elevado de erudição, e que sempre teriam existido algumas naturezas hipocondríacas inclinadas à queixa. Se assim foi, cabe decidir a quem conhece a história da literatura; contudo, dentre as passagens citadas, justamente a mais decisiva, a de Donellus, é muito mal escolhida, pois este não se queixa, de modo algum, de seus contemporâneos, mas antes da escola precedente dos bartolistas, à qual, com razão, imputa a carência de conhecimentos humanísticos. Evidentemente, pretende ele, assim, rebaixar o século passado em comparação com o seu próprio, ou seja, exaltar precisamente a sua própria época.

182. Decreto de publicação, parágrafo 7. Introdução, parágrafo 6.

de desse estado e, a partir da suposta perfeição de algum novo código, deixar-se conduzir à opinião de que ele, na realidade, viria a dominar o Direito de modo imediato e exclusivo.

Em um segundo capítulo ("Linhas fundamentais de uma nova legislação civil"), o autor apresenta propostas de novas leis acerca daqueles objetos para os quais considera especialmente necessárias novas determinações. Essa parte especial da obra merece grande atenção, pois torna particularmente claro quão pouco estamos em condições, também do ponto de vista político, de desejar a elaboração de novos códigos. E como poderia ser de outro modo? Por mais de meio século, um iluminismo desolador abalou as crenças políticas e religiosas. Depois de, por longo tempo, haver conquistado os corações por meio da brandura e da benevolência, mostrou-se, em sua essência íntima sempre a mesma, na Revolução Francesa e no despotismo bonapartista, de forma áspera e violenta; essa revolução e as consequências desse despotismo a Alemanha as experimentou em grande parte também exteriormente, mas ainda mais de modo espiritual. Assim, encontramo-nos agora em uma incerteza geral: a constituição civil e a eclesiástica saíram de todos os seus eixos, e também os costumes que ordenam as relações privadas não puderam escapar às oscilações gerais. Muito boa vontade permaneceu, é verdade, no âmbito individual: todos sentem o peso opressivo desse estado de coisas e a ânsia por algo melhor. E um tal estado de transição quereríamos fixar, por meio de letras escritas, por séculos?

Dir-se-á que justamente essas oscilações deveriam ser superadas por meio de uma regra fixa, previamente prescrita. Nada é mais vão do que essa esperança. Em primeiro lugar, a regra mais perfeita permanecerá estéril enquanto não lhe vier ao encontro, no povo, uma orientação decidida, uma receptividade correspondente; a boa vontade e a vaga ânsia por um estado melhor não são suficientes para isso. Em segundo lugar, quem haveria de encontrar essa regra? A confusão de conceitos e de princípios fundamentais, como consequência das revoluções internas e externas vividas, não se encontra de modo algum apenas no povo, mas precisamente também naqueles que teriam de elaborar o código. Basta tentar formar um colégio para esse fim, e sentir-se-á quão desorientadamente,

justamente nas questões mais importantes, as opiniões se cruzarão umas com as outras. Contra isso, nenhuma contagem de votos pode ajudar!

Alguns exemplos extraídos das propostas do autor podem tornar mais claro o que foi dito. Os livros paroquiais (p. 132 e 133) ele admite, no máximo, por necessidade; propriamente, porém, deveriam ser suprimidos, porque neles não podem figurar também judeus, turcos e pagãos. O melhor seria, portanto, que os escrivães dos juízos inferiores passassem a manter os registros de nascimento e de óbito. O conceito abstrato de Estado, contudo, é diverso do da Igreja; mas deverá essa abstração agora também sacrificar o pouco de dignidade que aqui e ali ainda se conserva em nossas relações públicas? Sem falar que é de temer com grande probabilidade que tais listas viessem a ser mantidas de modo descuidado e deficiente pelos escrivães dos juízos inferiores, incomparavelmente pior do que jamais se poderia recear dos eclesiásticos.

Do mesmo modo (p. 135 e 138), censura-se como resquício de barbárie a pretensão de estabelecer distinções entre naturais e estrangeiros, e mais ainda entre cristãos e judeus. Isso se relaciona com o fato de que há muito tempo perdemos, na verdade, o próprio conceito de cidadão e só queremos saber de homens e súditos. Essa concepção insinuou-se, em parte, por uma humanidade mal compreendida e mal aplicada; em parte, era para os governos muito mais cômodo e conveniente o conceito uniforme e passivo de súdito do que o de cidadão. Mas como poderia subsistir um Estado saudável e forte sem cidadãos próprios e verdadeiros não é fácil de ver; e quem isso reconhece também não poderá rejeitar absolutamente a fixação de limites visíveis entre cidadãos e estrangeiros. Dureza e desumanidade, é claro, não devem ser toleradas em caso algum. Também em Roma, como é sabido, não se podia matar os peregrinos; eles tinham, aliás, desde cedo, um pretor próprio. De imitação direta não pode aqui tratar-se, pois a relação dos Estados cristãos europeus entre si é de natureza inteiramente diversa. Mas também aqui a supressão de toda fronteira é algo inteiramente antinatural. De todo modo, os judeus são e permanecem, quanto à sua essência íntima, estrangeiros para nós; negar isso só poderia conduzir à mais infeliz confusão de conceitos políticos — sem falar que essa igualdade civil e política, por mais humanitária que

se pretenda, no resultado é tudo menos benéfica, pois só pode servir para conservar e talvez ainda ampliar a infeliz existência nacional dos judeus.

O casamento, segundo se expõe às p. 142 e 143, deveria ter, propriamente, como forma natural, apenas a forma civil da celebração. Como, porém, o casamento possui também um lado moral e, em razão do nosso costume, admite-se paralelamente ainda a forma eclesiástica, esta deve ser tolerada apenas na medida em que seja prescrita por ordenações da Igreja, as quais determinem "que à forma civil estabelecida no código se acrescente, como elemento essencial, a forma eclesiástica tradicional". O Direito Civil deveria, portanto, reconhecer consequentemente um matrimônio sem celebração eclesiástica, cabendo apenas à Igreja, em tal caso, impor sanções ou mesmo recusar a sua bênção. Seja como for, e ainda que os efeitos desse princípio fundamental possam ser atenuados, permanece sempre como exemplo digno de nota o quão longe homens de caráter por demais rígido podem ser levados quando passam a considerar como natural a determinação, de cima para baixo, de todas as relações humanas.

É verdade que, em países que até aqui viveram sob o Código, essa proposta do autor pode causar menor estranheza. Mas considere-se agora um Estado alemão no qual o Código não vigorou, cujos habitantes jamais conheceram outra coisa senão o casamento eclesiástico, certamente sem jamais sentirem a necessidade de qualquer mudança a esse respeito. Num tal país deveria agora ser introduzido o casamento civil, e precisamente como a forma principal, talvez até de tal modo que o matrimônio só por meio dele pudesse adquirir validade jurídica; e assim um país dessa natureza, para agradar a uma mera abstração, seria levado ainda a desfrutar, retrospectivamente, de um fragmento da Revolução. Que, por esse meio, a essência do casamento, enquanto relação cristã — sobretudo em comparação com outras — seja desconhecida e prejudicada, é, sem dúvida, o ponto principal; mas mesmo aqueles que a esse respeito pensassem de maneira diversa e mais neutra deveriam, por motivos gerais, considerar tais propostas como preocupantes. Em nossa vida conservaram-se tão poucos costumes antigos, intangíveis, e formas dignas, que verdadeiramente não temos razão para lançar fora o pouco que ainda possa ter sido preservado.

A dissolução do casamento por vontade comum deve, segundo se lê à p. 151, ser concedida livremente, ainda com maior liberdade do que no direito prussiano, ficando vinculada apenas a formas que a tornem mais difícil. A isso subjaz, sem dúvida, a concepção amplamente difundida de que o Direito não deveria cuidar de outra coisa senão da máxima liberdade do indivíduo, como se a ideia do casamento não tivesse também a sua própria existência e o seu próprio direito. Desenvolver essa questão aqui nos levaria longe demais.

Mas, mesmo do ponto de vista puramente prático, para a maioria das dissoluções matrimoniais é justamente essa facilidade que faz surgir, em primeiro lugar, a pretensa necessidade. Muito raramente há uma verdadeira necessidade interior; quase por toda parte, a necessidade nasce apenas do fato de que um dos cônjuges, ou ambos, não têm a vontade séria de exigir algo de si mesmos. E precisamente esse estado de ânimo não pode ser fomentado com maior segurança do que por uma lei que consagre a arbitrariedade absoluta do divórcio. A experiência já decidiu a esse respeito; sim, é a experiência que mostra que, onde vigora a livre dissolução do casamento, não poucas uniões são contraídas com essa perspectiva em vista, de maneira tanto mais leviana.

O conselho de família do Código era, como se sabe, a parte dele diante da qual muitos juristas alemães não conseguiam conter a sua admiração. Tanto mais digno de nota é que aqui, à p. 164, se ateste, com base na experiência, a total inutilidade desse instituto. A proposta do próprio autor, porém (p. 167), é tão artificial e engenhosamente composta que a considero ainda menos exequível. Dificilmente se poderá auxiliar o instituto da tutela de maneira verdadeiramente profunda de outro modo que não em conexão com o desenvolvimento das nossas constituições comunais, as quais, também sob qualquer outro aspecto, são altamente desejáveis e, contudo, não passam de castelos no ar. Também aqui, portanto, tudo depende de sabermos se, enquanto nos faltarem as instituições necessárias para tanto, queremos fixar alguma regra que não possa conduzir a um fim adequado e que, com uma melhoria substancial do nosso estado geral, terá de ser rejeitada como inteiramente inaplicável.

No direito hipotecário (p. 197), o autor — como todos os que, nestes tempos, se ocuparam do tema — pronuncia-se a favor de uma facilitação mecânica irrestrita do crédito real, cuidando apenas dos meios para atingir esse fim. Não desconheço, de modo algum, as deficiências do sistema hipotecário romano, sobretudo tal como foi aperfeiçoado pelas constituições mais recentes; mas é-me incompreensível — e não constitui sinal especial daquele senso prático-político de que costumam proceder as propostas de novas legislações — que se pareça estar tão inteiramente em paz consigo mesmo a respeito disso, embora, em grande escala, se tenham colhido experiências inquietantes. Ainda assim, parece não haver a menor noção de quanto o nosso sistema hipotecário desenvolvido modifica, de maneira essencial, a propriedade fundiária, nem de se uma tal transformação da propriedade do solo em mera riqueza monetária, uma tal "cunhagem" do terreno (pois é isso que a instituição produz, quando plenamente aperfeiçoada), pode ser desejável. Passa-se por alto que, desse modo, se criam relações semelhantes às produzidas pelo papel-moeda — e este, hoje, já não é tido como a mais alta perfeição de um estado feliz.

Estas observações não pretendem, de modo algum, advogar a conservação do sistema hipotecário justinianeu, nem desaconselhar, sem reservas, o caminho seguido nos tempos recentes; pretendem apenas chamar a atenção para o fato de que, ao instituir um regime hipotecário, importam ainda outras coisas, além daquelas que os nossos legisladores costumam considerar. Lendo-se as propostas deles, seria de supor que o mesmo direito hipotecário serviria para todas as condições dos povos: em toda parte — na Suíça como na China, na Rússia como na França — bastaria aplicar os conhecidos princípios da publicidade e da especialidade, e nada mais restaria a desejar. É esse tratamento meramente formal da legislação que considero, sem hesitação, pernicioso; e, nesse sentido, já acima (p. 8–9) se lamentou que os nossos práticos são, em demasia, teóricos.

A sucessão intestada é, sabidamente, matéria especialmente cara aos nossos políticos do Direito, e também aqui ocupa lugar significativo (p. 186 *et seq.*). O autor exige que ela seja organizada de modo simples e justo; dá como inteiramente certa a inutilidade do Direito

Romano nesse ponto e sustenta que o Direito Prussiano em nada seria melhor, ao passo que apenas o Direito Austríaco satisfaria às pretensões da razão. Nunca pude compreender por que, nestes últimos tempos, a Novela 118 veio a ser tida em tão má conta. Seu regime sucessório é, com efeito, de fácil apreensão, e uma dúvida real quanto à sua aplicação é, com certeza, das grandes raridades; enquanto, por exemplo, no Direito Francês, como sei por experiência própria, em casos muito simples e de ocorrência cotidiana, surgiram dúvidas insolúveis. No que toca à justiça, é claro que qualquer pessoa se escandalizaria se uma lei quisesse excluir os filhos e chamar à sucessão parentes remotos. Mas, na Novela, sabidamente, não é esse o caso: sua suposta injustiça consistiria, antes, em pospor os meios-irmãos aos irmãos germanos. Como, porém, é possível chamar isso de injustiça, justamente aqui, onde tudo repousa em relações individuais das mais diversas? Talvez se encontrem tantos casos em que o falecido, se consultado, teria feito distinção entre as duas espécies de irmãos, quanto casos em que não a teria feito; e nenhuma dessas duas decisões se pode deduzir de fundamentos gerais. O grande aplauso que a ordem sucessória austríaca encontrou não se funda em outra coisa senão na fórmula mais simples em que pode ser apreendida, isto é, na sua simetria; e, ainda que isso pudesse, de fato, ser chamado de vantagem, as desvantagens de uma remodelação completa da sucessão até então vigente seriam preço demasiado alto para esse ganho. Também a esta concepção da sucessão intestada subjaz, pois, o tratamento meramente formal da legislação, acima censurado.

Estas observações acerca das propostas particulares do autor, de resto, não devem ser entendidas como dirigidas pessoalmente contra ele. O que aqui foi censurado funda-se no caminho pelo qual, em geral, o destino nos tem conduzido. Não devemos, porém, deixar de reconhecer que assim é, nem pretender arvorar-nos em mestres dos séculos vindouros, uma vez que nos faltam a visão política e a formação necessárias até mesmo para apreender corretamente e governar o nosso próprio estado presente.

4. Almendingen

> Visões políticas sobre o passado da Alemanha, presente e futuro [Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft], de Harscher von Almendingen. Primeiro volume, Wiesbaden, 1814. 8., p. 354 et seq.

Com muita propriedade, o autor expõe que a situação jurídica dos Estados alemães, sob o Direito comum, apresenta, já à simples descrição, um aspecto aterrador, e que a verdadeira necessidade reside na falta de servidores da justiça devidamente aptos (p. 366); do mesmo modo, demonstra, da maneira mais convincente, quão pouco, diante da grande diversidade de condições e necessidades, seria desejável a uniformização, tanto do Direito Civil quanto do Direito Penal (p. 357 *et seq.*). A vida interior de um povo, o modo de vida de um país (p. 357), deve determinar o Direito. Após palavras tão belas, esperar-se-ia que o Direito historicamente fundado encontrasse aqui um defensor. De modo algum! Apenas se combate, aqui, a elaboração de um código geral para toda a Alemanha, tal como o reclamaram Thibaut e Schmid; ao revés, para cada Estado alemão, considerado isoladamente, "a elaboração de um código civil é uma necessidade urgentíssima" (p. 356), pois a multiplicidade do Direito Civil, nas diversas partes de um mesmo Estado, seria um mal opressivo e intolerável, a que não se pode acudir com a rapidez necessária.

Como elo intermediário para contradição tão enorme, serve a confusão entre povo e Estado. "Leis acabadas são as formas belas e livres da vida interior de um povo: delas emanam e subsistem com o princípio que as gerou. Formas impostas de fora, ao contrário, contrariam a vida interior. Que seria, porém, um código alemão geral, estereotipado, para os Estados federados singulares, senão uma forma imposta de fora?" (p. 357). Assim, cada Estado federado teria o seu próprio povo, que, como em geral, também aqui, se determinaria de modo adequado no seu Direito por meio de um código próprio; e, para ele, a comunhão jurídica com os demais Estados seria uma forma imposta de fora, tanto quanto o seria uma comunhão com a França ou com a Rússia.

Mas que têm as decisões do Congresso de Viena, as anteriores uniões territoriais por herança, secularização etc., a ver com unidade de povo? Ter-se-iam por esse meio formado e delimitado povos? Ainda mais incompreensível é que nem sequer se trate da necessária diversidade do Direito nos Estados singulares, como se a posição e a condição do povo fossem em toda parte iguais e apenas variassem entre Estados distintos. Tudo quanto o autor afirma sobre essa diversidade, em oposição a um código alemão geral, vale igualmente contra códigos bávaro, de Nassau etc., sobretudo quando estes, conforme a opinião hoje dominante, não querem tolerar ao seu lado qualquer Direito local.

O resultado último a que esse escritor conduz é, sem dúvida, muito mais lamentável do que aquilo a que Thibaut e Schmid aspiravam. O que estes queriam era, é certo, nocivo ao estado do Direito; mas a ideia de reunir todos os alemães para uma obra comum era, em si, excelente, e também a execução, sob esse aspecto, poderia ter produzido alguns bons efeitos. O que, porém, resulta daquele plano não é menos danoso ao Direito do que um código geral e, ao mesmo tempo, é politicamente sumamente pernicioso, como novo instrumento de separação entre os alemães, os quais (em grande parte, por contingências muito casuais e arbitrárias) foram atribuídos a diversos Estados federados.

5. Alguns inominados

A estes se devem algumas descobertas nada desprezíveis. Assim, primeiramente, um autor inominado trouxe à luz a verdadeira periculosidade de um estamento de juristas eruditos. "Que príncipes alemães (diz ele) devessem entregar seus povos à tão afamada legislação dos juristas representantes, ou brâmanes juristas, que eternizam a sua linguagem sânscrita, dominam por toda parte, em silêncio, sugam o tutano do povo, e pretendem fazer-se passar, como os rabinos dos judeus, por doutores da lei e dos costumes — isso não é de se esperar."[183] Se a jurispru-

183. *Fundamentos a favor e contra a atividade judicial pública oral* [*Gründe für und wider die mündliche öffentliche Rechtspflege*], Mogúncia, 1816. 8. p. 32. Observação do editor original.

dência erudita fosse um caminho para o tutano do povo, provavelmente encontraria hoje muito mais adeptos do que encontra!

Outro inominado[184] empreendeu investigações sobre as qualidades de bons legisladores. Em concordância comigo, ele parte da premissa de que, em um novo código, deveria ser considerado, de preferência, o Direito atualmente vigente. Ora, como este não se teria "formado pela mão da História", mas "precisamente por juristas bem pouco históricos", nada haveria de mais inconsequente do que "chamar, para aconselhar na redação do código, juristas autenticamente formados de modo histórico" (p. 206). (Segundo essa visão, o estudo histórico não parece ter outro objeto senão os feitos dos historiadores, e uma história das guerras, por exemplo, deveria ser algo inteiramente absurdo.) Daí se seguiria que, na elaboração de um código, "justamente a formação histórica... não seria necessária, nem sequer útil; antes, poderia ser nociva... Justamente um jurista verdadeiramente não histórico, que, pela prática, tivesse aprendido a distinguir o ainda vigente do já não vigente, estaria aqui no lugar adequado". Depois de semelhante descoberta, certamente já não precisamos permanecer incertos quanto a autores capazes de um código: a genuína independência, aqui descrita, em face de nocivos conhecimentos históricos é, em nosso tempo, tão frequente, que, por esse lado, a vocação para a legislação se justifica do modo mais brilhante.

Não se deve, contudo, crer que tudo se faça unicamente com a ignorância, por boa e necessária que ela possa ser: ela apenas fornece, por assim dizer, os materiais; a forma, porém, dá-a a Filosofia! Com efeito, o nosso Direito prático é um "misto incoerente... ao qual os princípios diretores... só podem ser dados pela Filosofia, isto é, por meio de" (o que se segue é, pois, inequivocamente, uma definição de Filosofia) "uma cabeça filosófica, que compõe o misto, encontra o princípio diretor para a maior massa dele, força a menor massa para dentro do princípio e, em seguida, recorta e remodela".

Não menos ingênua é a prova de que o Direito comum alemão não poderia contribuir em nada para a nossa formação jurídica. "Os juristas

184. O resenhista de minha obra *Da vocação, etc.* [*Vom Beruf, etc.*], *Periódico de Literatura de Hall* [*Hallische Literatur-Zeitung*], out. 1815, p. 201–211.

romanos (diz-se à p. 209) não estudavam nenhum Direito comum alemão e, no entanto, eram os mais cultos. A formação jurídica, pois, não pode vir daí, mas sim a deformação."

Exatamente o contrário sustenta outro resenhista,[185] o qual não reconhece, para o jurista, nada de mais elevado do que o puro Direito Romano. Não se deve tocá-lo; do contrário, tem-se de haver com ele. Mas, se se o fizer passar por objeto principal do ensino universitário — se todo jurista tiver de ouvi-lo e todos forem por ele examinados — então esse resenhista também se deixa agradar, de bom grado, por novos códigos: basta que os legisladores sejam igualmente grandes civilistas! Aqui não se percebe qualquer noção de que o Direito Romano também se tornou algo para nós e, sobretudo, de que ainda existe um Direito alemão, pertencente ao que há de mais próprio em nossa essência. Apenas que o inocente jogo com o Direito Romano não seja perturbado! Vê-se, assim, quão diversos podem ser os pontos de partida e como, ao fim, eles voltam a encontrar-se na comum predileção por códigos.

B. Posicionamentos dos adversários das novas codificações

1. Hugo

Este, o mais antigo e constante defensor da formação histórica do Direito, procurou, também recentemente, em diversas resenhas,[186] desenvolver novamente essa opinião e resguardá-la contra os seus contraditores. Cada uma dessas novas exposições de um entendimento há muito conhecido lê-se, de novo, com interesse particular, pois o frescor da expressão, bem como a serenidade e a despreocupação do pensamento, são sinais agradáveis de que, aqui, a própria opinião não subsiste como uma posse morta de tempos passados, mas é, com toda a propriedade, a alma dos pensamentos científicos, dos conhecimentos e das experiências do autor.

185. *Periódico de Literatura de Leipzig* [*Leipziger Literatur-Zeitung*], set. 1815, n. 235. Resenha sobre a obra de Gönner.

186. Em especial, *Anúncios de Göttingen sobre assuntos eruditos* [*Göttingische gelehrte Anzeigen*], 1814, fragmento número 194, e de 1815, fragmento número 108.

2. Alguns inominados

Altamente agradáveis são as manifestações de dois resenhistas que, ao que parece, não pertencem de modo algum à escola e tampouco partem do interesse da ciência, mas, sim, da experiência de vida e da necessidade prática; e, desse ponto de vista, se opõem, do modo mais decidido, à redação de códigos.

Um destes[187] censura o exagero palpável com que se costumam pintar as consequências da multiplicidade de direitos na Alemanha. A pouquíssimas pessoas — observa-se aqui com acerto — é dado conhecer com maior precisão o conteúdo do seu próprio Direito Civil; assim, elas não se sentirão mais "irmanadas" aos habitantes de outras regiões por força de um direito comum, do que se sentem separadas deles por diversidades jurídicas. "O aborrecimento com a multiplicidade do Direito, que experimenta o membro de uma faculdade de juristas, que recebe autos de todos os lados e que, por isso, a conhece muito bem — aborrecimento que o resenhista também conhece de perto — certamente não é um aborrecimento nacional universal dos alemães." Com o mesmo senso prático, assinalam-se, então, as grandes desvantagens de uma legislação que se propusesse a tornar uniforme o Direito de todas as localidades, bem como as dificuldades insuperáveis de sua execução.

De modo ainda mais desenvolvido, outro[188] se detém nessa mesma perspectiva, observando quão enganadoras seriam as vantagens e quão reais os males que teríamos de esperar de uma alteração profunda e de uma uniformização de todo o Direito Civil. A calma e a despreocupação com que isso é exposto são especialmente dignas de nota; e a concordância na própria opinião me é aqui tanto mais agradável quanto é certo que esse resenhista parece estar longe de mostrar-se partidariamente inclinado a mim e ao meu escrito.

187. *Jornal de Literatura de Jena* [*Jenaischer Literatur-Zeitung*], 1814, p. 327–328.

188. *Periódico de Literatura de Leipzig* [Leipziger Literatur-Zeitung], set. 1815, fragmento número 234.

3. Schrader

> *Os editos pretorianos dos Romanos, traduzidos para a nossa situação* [*Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen*], por D. Ed. Schrader, Professor de Direito Civil e Conselheiro do Tribunal Superior em Tübingen. Weimar. 1815. 8.

Coloco deliberadamente esta obra por último, separada das demais, porque é, de longe, a mais rica em pensamentos próprios e novos. O autor parte da observação correta de que a formação histórica do Direito, por ele igualmente adotada, de modo algum deve ser mal compreendida como se o Estado não devesse ocupar-se do Direito em geral. Apenas a forma habitual pela qual o Estado costuma intervir — a saber, mediante legislação propriamente dita — revela-se, na maioria dos casos, inadequada aos fins, mesmo onde existem comissões legislativas permanentes.

Por meio das leis, com efeito, fez-se para o Direito Civil ora demasiado, ora demasiado pouco (p. 73): demasiado, quando se opta pela elaboração de um código, que o próprio autor considera muito prejudicial; demasiado pouco, quando, fora um tal esforço extraordinário, em regra nada acontece, nem se exerce qualquer vigilância contínua sobre o Direito em todas as suas partes.

O autor evoca o exemplo dos romanos, que, desde as Doze Tábuas, por meio de deliberações populares, pouco alteraram o Direito Civil, mas que, em contrapartida, por meio de seus editos, mantinham um controle contínuo, anualmente revisto e altamente benéfico sobre todo o seu Direito Civil. Propõe-se aqui uma instituição análoga, distinta da legislação propriamente dita.

Cada Estado alemão deveria, para esse fim, constituir, a cada dez anos, um colégio que permaneceria reunido apenas por um ano (p. 111) e que, nesse período, elaboraria uma espécie de edito pretoriano. O colégio teria como presidente o Ministro da Justiça e, além disso, contaria com um deputado dos estamentos do país como membro, bem como com outros cinco membros, eleitos dentre cinco estamentos distintos (p. 91 *et seq.*; p. 102 *et seq.*). Um deles representaria os magistrados; um segundo, os advogados dos tribunais superiores; de igual modo, um tercei-

ro representaria os magistrados e um quarto os advogados dos tribunais inferiores; por fim, um quinto membro representaria os juristas teóricos. Cada um desses estamentos indicaria três candidatos, dentre os quais o Governo escolheria um.

Nos Estados maiores, o número dos membros eleitos deveria ser aumentado, por duplicação ou triplicação, para dez ou quinze. Quando, após uma década, se constituísse um novo colégio, a metade inferior do colégio precedente deveria fazer parte dele (p. 92, 112, 130). Vários Estados menores poderiam constituir conjuntamente um tal colégio (p. 122).

(Talvez fosse desejável uma participação um pouco maior dos teóricos, que, ainda assim, permaneceriam, como é razoável, em clara minoria. Isso se mostra necessário não tanto para conferir à teoria maior peso frente às posições dos práticos, quanto para evitar a unilateralidade que inevitavelmente surgiria caso apenas um único teórico fosse incluído: a posição científica individual desse membro teria um peso excessivamente desvantajoso na assembleia, o que só poderia ser evitado se nela fossem ouvidas várias vozes científicas.)

Nesse edito, o Direito então vigente poderia ser modificado, porém apenas quando dois terços dos votos exigissem a alteração (p. 86, 89). As leis futuras, promulgadas com a anuência dos estamentos do país, só poderiam ser alteradas depois de completarem cem anos de vigência (p. 88). No decurso dos cem anos seguintes, não poderia ser introduzida qualquer nova disposição jurídica que não tivesse já vigorado em algum outro Estado alemão (p. 89).

Por meio de uma instituição dessa natureza, como observa com acerto o autor, alcançar-se-ia a grande vantagem de não se estar constrangido, como ocorre com um código, a uma completude meramente externa, mas de tratar apenas daquilo para o que, no momento, houvesse efetiva necessidade e conhecimento disponível (p. 58): desse modo, esse trabalho ganharia vida e clareza, ao passo que os códigos modernos apresentam antes o caráter de compêndios. Cumpriria, todavia, temer que o colégio, desconhecendo a sua verdadeira vocação, viesse novamente a pretender produzir algo semelhante a um código; a esse risco deveria fazer frente, em parte, as restrições acima mencionadas, e, em parte, um peso especial conferido ao veto (p. 107).

Merece a mais ampla aprovação o desejo (p. 94) de que todas as atas sejam impressas: com muita propriedade observa o autor que, desse modo, o respeito pelo Direito assim fundamentado seria antes aumentado do que diminuído. Ao mesmo tempo, este seria o meio mais seguro de, no intervalo entre um colégio e outro, obter contribuições úteis para novos aperfeiçoamentos. Razões e contrarrazões assim expostas de maneira aberta hão de despertar participação muito mais efetiva do que um desenvolvimento geral meramente recomendatório, no qual toda dúvida e toda contradição são encobertas de modo hipócrita.

Quão mais instrutivas não são, no Código Francês, as atas do Conselho de Estado do que os discursos inflados e lisonjeiros, a partir dos quais se poderia acreditar que, com uma lei sobre a propriedade, os franceses receberiam gratuitamente todas as coisas sobre cuja propriedade a lei estabelece regras.

Quanto à forma pela qual deve ser designado um relator e quanto à própria condução dos trabalhos, apresentam-se, nas páginas 103 e seguintes, regras minuciosas, que, entretanto, parecem servir apenas para tornar mais evidente a exequibilidade do plano. Com efeito, não seria aconselhável prescrever para sempre regras fixas dessa natureza, pois, conforme a personalidade dos membros, arranjos institucionais diversos podem revelar-se mais adequados.

Para preservar a conexão do Direito entre os diferentes Estados alemães, deseja o autor (p. 123) que, alternadamente com os já mencionados colégios dos Estados singulares, se reúna um colégio geral para toda a Alemanha. Contudo, a relação dessa assembleia com as dos Estados individuais é por ele concebida de modo tão artificial que a sua execução dificilmente pode ser considerada viável. Talvez fosse mais apropriado promover um intercâmbio verdadeiramente multifacetado entre os Estados singulares no tocante à formação de seus respectivos Direitos.

Assim como o colégio geral alemão, considero também inadequadas as determinações temporais, acima referidas, de cem anos. Tais disposições mal se ajustam a épocas como aquelas em que as nossas antigas igrejas eram edificadas ao longo de muitas gerações sucessivas, sempre segundo o mesmo plano: o nosso tempo efêmero parece ser o menos apropriado para isso.

Em toda a obra predomina um senso prático tão saudável; as propostas do autor são tão bem fundamentadas, suas expectativas tão ponderadas e tão livres de exagero, que até mesmo os que pensam de modo diverso não podem negar-lhe a sua adesão. É muito digno de nota que esta obra provenha precisamente de Württemberg, de um país cujos habitantes podem orgulhar-se de uma formação e de experiências políticas particularmente desenvolvidas. Não se deve dizer que um professor acadêmico, como o autor, seja apenas cidadão da república dos eruditos e que o Estado, à sua volta, exerça pouca influência sobre ele. Isso é falso em geral e, no caso desta obra, seria duplamente incorreto, pois ela foi examinada e esclarecida mediante comunicação manuscrita dirigida a homens experientes e perspicazes da prática dos negócios.

Talvez não seja supérfluo, ao término desta resenha literária, reunir brevemente alguns resultados, tal como emergem com especial clareza neste contexto.

1. O melhoramento de nossa situação jurídica, que se espera de um código de leis, deveria ser, em parte, material, em parte, formal.

O melhoramento material deveria incidir sobre aquelas partes de nossa situação em que não nos encontramos em condição especialmente satisfatória (em parte, de fato; em parte, como se costuma afirmar). Em sentido contrário, já se observou anteriormente que nos falta, por um lado, a necessária capacidade de discernimento para alcançar com segurança o que é justo e, por outro, as condições indispensáveis nos costumes do povo e nas constituições, sem as quais não existe receptividade para um estado verdadeiramente bom. Em que sentido esta objeção deve ser entendida, procurei esclarecer acima, ao avaliar a obra de Pfeiffer. Sendo fundada tal objeção, dela decorre que, no momento, podemos apenas remediar pontualmente casos singulares, mas não estabelecer nada de profundo e duradouro.

O melhoramento formal deveria conceder-nos, em lugar de um direito obscuro, confuso e disperso por todos os lados — como é o nosso —, um direito claro, facilmente apreensível e coerente. Em sentido oposto, recordou-se que sequer possuímos a capacidade de realizar tal tarefa e

que, na perseguição de uma aparência externa e superficial de perfeição, acabaríamos por corromper a essência interna de nosso direito.

Todo esse esforço, porém, para melhorar a nossa situação jurídica por meio de um grande golpe vindo de cima, que outra coisa é senão uma manifestação daquela direção infeliz que, há muito, percorre a vida pública: a tendência a tudo governar e a querer governar sempre mais? Quase todos entre nós já sentiram de modo bastante doloroso essa ânsia de governar, onde quer que ela se exerça; e mesmo aqueles que lutam com maior veemência por códigos certamente já se viram, não raras vezes, seriamente alarmados quando essa mesma ânsia se lhes apresentou na administração, na polícia, nas finanças e assim por diante. Aqui, contudo, onde pretendem aconselhar os governos, onde em pensamento se colocam no lugar deles próprios, tudo isso é esquecido, e acredita-se que, por meio de regulamentos e de governo, o mundo possa ser socorrido desde os seus fundamentos. Que a intenção seja das mais nobres, é inegável; mas é igualmente certo que a maioria daqueles que, em outros domínios, nos tornam a vida amarga com um governo excessivo, também julgam agir em nosso benefício e contam, com toda sinceridade, com o nosso agradecimento.

2. Mais importantes do que quaisquer prescrições são o espírito e a formação do estamento dos juristas. É certo que o tempo infeliz e confuso que atravessamos exerceu influência profundamente nociva sobre o espírito público, e nada é mais prejudicial do que iludir-se a esse respeito. Também Thibaut merece justo louvor por haver, longe da hipocrisia de muitos outros escritores, censurado esse mal do tempo com nobre seriedade. O que temos nós, juristas, no conjunto, em que possamos apoiar-nos e de onde possamos erguer-nos? Aquilo que auxilia na Inglaterra e que auxiliou nos antigos Estados livres — formas estatais livres, incorporadas ao costume, juntamente com uma herança de usos populares que, precisamente por seu caráter fechado, conserva força vital renovada — isso não possuímos. O que, no grande e no todo, pode efetivamente auxiliar-nos é apenas um espírito científico, capaz de enobrecer tanto o ofício do jurista quanto a atividade prática ordinária. Muito longe, portanto, de os adversários dos códigos pretenderem impor ao povo que

viva das produções experimentais de professores e advogados,[189] eles exigem, antes, um caráter científico do Direito como o primeiro e mais importante, justamente porque só ele pode fornecer à prática jurídica um fundamento nobre e duradouro.

É certo que também os partidários dos códigos afirmam desejar promover a ciência e sustentam que ela floresceria plenamente quando dispuséssemos, enfim, de códigos. Se, porém, a questão nos é verdadeiramente cara, mais do que as construções teóricas, cumpre olhar sem prevenção para onde já se tentou introduzir novos códigos: seremos então forçados a reconhecer que ali o Direito perdeu vida científica e se aproximou do mero artesanato. Querer afirmar, apesar dessa experiência, que numa nova tentativa ocorreria justamente o contrário, não é isso construir castelos no ar e desprezar deliberadamente uma doutrina que nos oferece ensinamentos tão relevantes?

Ainda mais grave e verdadeiramente incompreensível é o caminho seguido pelo mais recente Direito Penal bávaro. Nele, com efeito, foi expressamente proibido, por regulamento próprio, redigir comentários ao código e ministrar aulas orais que não versassem exclusivamente sobre o próprio texto legal,[190] à semelhança do que, como é sabido, o imperador Justiniano determinara em seu tempo. Sei bem o que se pode alegar em defesa disso: que as leis não devem ter sua autoridade enfraquecida pela crítica, nem sua certeza comprometida por interpretações divergentes. Mas a esterilidade intelectual que daí necessariamente resulta para o estamento dos juristas é algo que salta aos olhos. No Império de Justiniano, uma medida desse gênero pôde talvez ser aplicada com êxito; num Estado alemão isolado, porém, em meio à livre circulação das ideias e da literatura, o objetivo que se pretende alcançar não é sequer atingível. Mesmo em épocas de rígida imobilidade espiritual, uma lei assim pode-

189. *Anuários de Heidelberg* [*Heidelbergische Jahrbücher*], 1815, p. 661.

190. Regulamento bávaro datado de 19 de outubro de 1813, que antecede o primeiro volume das *Observações ao Código Penal* (*Anmerkungen zum Strafgesetzbuche*), p. III: "Por este ato é também nossa ordem expressa que, fora da exposição por nós próprios determinada, absolutamente nenhum outro servidor do Estado ou erudito particular faça imprimir qualquer comentário ao Código Penal", etc.

ria talvez encontrar lugar; mas ela se mostra inteiramente estranha a um tempo tão móvel como o nosso, cuja mobilidade se revelou, de maneira particularmente notável, precisamente no mesmo código.[191]

3. Estou muito longe de desejar que o Estado seja um espectador inerte no processo de formação do Direito. Há, antes, mais de uma maneira pela qual ele pode atuar de forma verdadeiramente benéfica.

Antes de tudo, cabe ao Estado assegurar que não faltem órgãos adequadamente constituídos para a força interna formadora do Direito. Esse serviço foi prestado, entre os romanos, pela Pretura; é precisamente nesse ponto que se insere a proposta de Schrader, acima exposta, para o nosso tempo. Contudo, para que tal proposta produza frutos reais, é indispensável que a opinião pública — tanto sobre as pessoas quanto sobre as instituições — se torne mais firme e mais profunda, o que, como toda força, só pode ser alcançado pelo exercício contínuo. Nesse sentido, o desenvolvimento da Constituição pode ser particularmente estimulante.

Há, porém, ainda outras formas pelas quais o Estado pode influenciar indiretamente a situação do Direito, sem perturbar o seu curso próprio. Se, ao longo de uma extensa sequência de anos, acumulou-se uma massa de regulamentações isoladas, é certo que muitas delas tiveram apenas vigência transitória; muitas outras caíram casualmente no esquecimento; outras foram abolidas ou modificadas pelo uso; e ainda outras, embora efetivamente vigentes, passam facilmente despercebidas em meio ao acúmulo de disposições antigas. Assim, não raras vezes depende do acaso que uma norma mais antiga seja ou não descoberta e aplicada.

Essa forma de incerteza jurídica — que certamente ninguém elogiará — pode ser removida por um caminho bastante seguro. Com efeito, todos os tribunais e autoridades administrativas do Estado podem ser instados a informar quais regulamentos, segundo a experiência de suas atribuições, permaneceram em vigor. A partir desses relatórios, não será difícil elaborar um extrato do Direito ainda vigente, o qual poderá então ser novamente promulgado como lei, com vigência exclusiva.

Contra um *Codex Constitutionum* não se levantam as objeções que costumam ser opostas à elaboração de códigos de leis em sentido

191. Vide anteriormente, páginas 14 a 15.

próprio; pois aquilo que surgiu pelo caminho da atividade legislativa pode, sem dificuldade, ser reformado pelo mesmo caminho. Apenas no raro caso em que, em regiões determinadas, uma regulamentação mais antiga tenha dado origem a um direito consuetudinário próprio, poderia justificar-se um tratamento diferenciado.

Se, por exemplo, o *Corpus Constitutionum Marchicarum* de Mylius tivesse sido reelaborado dessa maneira, com todas as suas continuações, qualquer homem de negócios prussiano o consideraria extremamente proveitoso, e mesmo o mais rigoroso defensor da formação histórica do Direito não teria nada a objetar contra tal medida.

4. Observou-se acima (p. 8 e 9), em consonância com Thibaut, a grande dificuldade que, para nós, nasce da massa sempre crescente de material histórico e literário do nosso Direito; dificuldade tão grande para a legislação quanto para o estudo, para o professor e para o escritor, bem como para o juiz meticuloso e consciencioso. A causa principal desse mal, porém, está em que os trabalhos dos escritores jurídicos foram, em excesso, pouco dirigidos, de modo planejado, a um fim determinado e elevado. Temos uma enorme quantidade de compêndios, observações, tratados avulsos, etc.; mas livros propriamente ditos, que pudessem ser considerados partes integrantes de uma conclusão científica (segundo as ideias de uma época dada), temos proporcionalmente pouquíssimos; e quanto poderia ter-se alcançado, se aquilo que, nessas forças dispersas, era bom e fecundo tivesse sido concentrado em objetivos simples e essenciais! Há muitos anos, em um grande Estado alemão, pretendia-se elaborar um novo código; e tinha-se, então, o plano de deixar o Direito Romano valer como direito subsidiário. Em vão se procurou um manual minucioso do Direito Romano, que pudesse ser recomendado ao jurista prático para sua instrução. Por isso, pensou-se, àquele tempo, em promover um tal manual; mas ele não se realizou, assim como ficou por executar toda a codificação então intentada. Um manual dessa natureza é precisamente o que, em todas as partes do nosso Direito — e, sobretudo, no Direito Romano — mais necessitamos e mais sentimos faltar. Se se quisesse fazê-lo a fundo, excederia as forças de um só; mas, pelo trabalho comum de todos os que têm para isso vocação interior, poderia, em alguns anos, chegar a termo.

O caminho para a execução seria o seguinte. Segundo um plano simples e de fácil visão de conjunto, delinear-se-ia uma tabela sinótica de todos os objetos. Dela, cada participante escolheria aqueles sobre os quais mais tivesse previamente trabalhado. Cada trabalho isolado deveria conter: 1) História do Direito, em minúcia, e, em especial, com reunião completa das fontes; 2) Dogmática, do mesmo modo plenamente fundamentada nas fontes e ligada à explicação destas, na medida do necessário; 3) Literatura, com indicação do conteúdo e apreciação tanto do que os escritos conexos disserem acerca do todo quanto das observações esparsas; 4) por fim, também não seriam excluídas, embora não tão prementes, considerações políticas, desejos e propostas.

A série de obras de diversos autores, que assim surgiria, deveria, pela tarefa comum e conexa, ser considerada, ao mesmo tempo, uma grande obra; e esse vínculo poderia ser assinalado por uma disposição externa semelhante. Não se objete que, pela diversidade de opiniões e direções dos autores, apenas se produziria, nesses trabalhos, uma aparência enganosa de unidade, e que a consecução do fim seria, em cada obra particular, muito casual e duvidosa. Se cada qual trabalhar não só com seriedade, mas também com alguma abnegação, isso de modo algum acontecerá. Cumpriria, antes, estabelecer expressamente, como incumbência, que o puramente factual, apurado e de validade geral fosse, de maneira visível, separado daquilo que cada um quisesse acrescentar, como opinião nova e individual, a título de mera hipótese — esforço que pode favorecer o êxito de cada trabalho em si, ainda que sem consideração pelo fim comum.

É certo que, mesmo com essa cautela, não faltará o caso de alguns trabalhos, em grande parte, malogrados e insuficientes; contudo, no pior dos casos, só pela reunião das fontes e da literatura já se ganharia incrivelmente muito, e ficaria preparado o terreno para toda obra futura melhor. Justamente aquilo que hoje é o mais assustador — a massa do material factual — tornar-se-ia dominável. Também é natural que cada colaborador entregasse aos demais as observações e desenvolvimentos particulares que tivesse em reserva para as obras alheias, sobretudo as notas bibliográficas que pertencessem à sua matéria. E, para alcançar na literatura a maior completude possível, seria necessário que cada um

comunicasse aos outros o rol dos escritos que lhe fossem conhecidos para o seu trabalho, a fim de que, por esse meio, ele pudesse ser completado.

Uma empresa dessa espécie só poderá lograr êxito infalível se for empreendida sem egoísmo e sem presunção, com puro amor à causa. Seria um belo exemplo de espírito comum, se juristas capazes, das mais diversas posições — amigos e adversários de novos códigos — se reunissem para esse fim; e a participação eminente de Thibaut seria, como em toda parte, também aqui, por esse motivo, de grande importância. Com razão, tem-se muitas vezes lamentado que os alemães, mantidos à parte por quimeras vãs e odiosas, não quisessem resolver-se a nada de comum: aqui haveria algo comum, que é, propriamente, a vocação do nosso ofício, e para o qual não necessitamos da cooperação dos governos, ou apenas a necessitamos de modo muito acessório. A legislação seria, por esse meio, preparada tão bem quanto a ciência; e também aqueles que esperam dos códigos a salvação veriam, por esse caminho, promovido o seu objetivo.

APÊNDICE II

Análise das observações dos Tribunais de Apelação e do Tribunal de Cassação sobre o projeto de Código Civil (por Crussaire). Paris, 1802, 4, p. 5–9.

Montpellier. É necessário que o Código possua uma simplicidade que o projeto não oferece: nunca se viu a França em situação mais favorável para receber uma legislação simples.

No estado em que se encontra o projeto de legislação, as formas parecem, por vezes, excessivamente complicadas. É de temer-se que, contrariando o voto expresso no *Discurso preliminar*, o fisco tenha menos a ganhar do que o particular a perder.

Quanto às matérias, a regra necessária e o motivo determinante da lei devem ser dados pelas circunstâncias e pelas peculiaridades locais. Tais são, por exemplo, as leis agrárias, todas as que dizem respeito à agricultura, às servidões reais, às servidões fundiárias etc. Essas leis são tão modificadas pelas particularidades locais que aquelas que são adaptadas a uma região de planície muitas vezes não convêm à região vizinha, montanhosa.

De acordo com esses princípios, como se pode conceber um sistema de legislação uniforme sobre o uso das águas para a irrigação das terras e a exploração das fábricas, sem nenhuma distinção entre as propriedades e contrariamente aos usos locais, o qual não se regula sempre pela utilidade (como dispõe o projeto), mas sim pela propriedade, que é adquirida exclusivamente por aqueles que têm o direito de dela servir-se?

O mesmo inconveniente se apresenta quanto à exploração e à duração dos arrendamentos de terra e de gado, os quais, em certas regiões, comportam *de modo equitativo*, estipulações que o projeto de Código proíbe.

O mesmo ocorre com as servidões rurais, cujo uso, não menos frequente que variado, sem dúvida não pode ser regulado como no projeto de Código, dentro do quadro de um *sistema uniforme*. As exceções devem estar ao lado da regra e ser ditadas pelo conhecimento exato das localidades.

Dizer que a disposição geral do projeto de Código contempla esses inconvenientes abandonando os antigos usos para adotar as novas leis é não penetrar o suficiente na dificuldade que se apresenta a respeito de todos os casos. Há também outros usos gerais que dividiram a França em duas grandes regiões: no país de *direito escrito* e no país de *direito costumeiro*. Esses usos se confundem, pelo projeto de Código, na unidade do mesmo sistema; é, segundo se diz, uma *transação* entre *o direito escrito* e *os costumes*.

Para apreciar essa *transação* e as vantagens que dela devem resultar para ambas as regiões, é preciso fazer algumas observações:

1. O que se reformou por força das coisas e pela própria constituição não pôde ser objeto dessa transação.

Por outro lado, nas leis romanas, como nos costumes, é preciso distinguir aquelas que têm por fundamento o direito natural e a equidade daquelas que se referem ao mesmo tempo à ordem natural e civil, bem como à ordem política; às simples relações entre os indivíduos, e a essas mesmas relações em conjunto com as da sociedade. As primeiras, de uma equidade evidente, não podem ser manipuladas ao bel-prazer do legislador; as outras se prestam ao espírito de sistema que cria diferentes combinações, entre as quais pode o legislador escolher aquela que lhe parecer mais conveniente.

Foi assim que os redatores do projeto de código tiveram de escolher entre as disposições do *direito escrito* e as disposições do *direito costumeiro*, principalmente sobre os pontos sistemáticos do *poder paternal*, das *tutelas*, das *minoridades e interdições*, das *sucessões*, das *doações entre vivos ou* causa mortis, dos *direitos dos cônjuges no contrato de casamento*, da *prescrição*, etc. É aí que se vê o Direito Romano entrar em maior confronto e oposição com os costumes, e onde se pôde fazê-los *transigir*.

Mas o que foi concedido ou retirado do *direito escrito*? O que foi concedido ou retirado do *direito costumeiro*?

Quanto ao *poder paterno*, o costume logra enfraquecê-lo ao colocar ao seu lado a comunhão de bens entre os cônjuges; o que opõe, no lar, o crédito de um dos cônjuges à autoridade do outro — autoridade que perde quase toda a força que lhe vinha do direito escrito —, em contrapartida à vantagem concedida pelo costume aos pais de poderem deserdar seus filhos, dispor livremente de seus bens e subtrair aos filhos o direito de exigir dos pais um dote ou estabelecimento conveniente.

Se, no tocante às tutelas, o direito escrito prevaleceu na sua disposição pouco adequada aos nossos usos relativamente à divisão da tutela em quatro espécies, o direito costumeiro triunfou em pontos bem mais essenciais, nos quais não permite distinguir entre tutor e curador, nem entre pupilo e menor ou adulto; triunfou ainda ao pôr, em lugar da interdição por prodigalidade, a disposição oficiosa, tão pouco idônea para a substituir.

Nas *sucessões*, já não se encontram aquelas grandes linhas da legislação romana, que só deferia a herança por um único título universal: pela vontade do homem; e, na sua falta, por disposição da lei — princípio simples cujas vantagens eram experimentadas na prática.

Afastando esse princípio, o costume faz concorrer ao mesmo tempo a sucessão legítima com a sucessão testamentária; e há tantos títulos universais quantas são as disposições relativas aos quinhões de bens, por quaisquer atos que sejam. A partilha em duas linhas, para ascendentes e colaterais, contraria, na maior parte dos casos, a disposição equitativa do direito escrito, fazendo os bens passarem para famílias estranhas; sistema que, pela prolongação indefinida das duas linhas, priva os cônjuges de todas as vantagens que o direito escrito lhes assegurava na sucessão recíproca.

É verdade que esse direito parece ter sido adotado quanto às prescrições; mas essas regras, que apenas complicam de forma inoportuna as disposições, não deveriam ter sido mantidas.

Seria, pois, assim que se teriam feito transigir os dois direitos, deixando, sob o império do costume, quase a totalidade dos pontos em que ele poderia concorrer com o Direito Romano, e abandonando ao direito escrito os demais pontos de pouca importância — direito, aliás, que era

modificado pelos costumes particulares que o derrogavam ou lhe acrescentavam algo segundo as conveniências ou as peculiaridades locais.

Assim, tal poderá ser o destino desses países que, pelo novo sistema de legislação, ficarão frustrados tanto das disposições do direito escrito quanto das de seu costume particular, que lhes eram convenientes; e receberão, em lugar das leis que haviam escolhido, disposições costumeiras que não lhes convêm e disposições do direito escrito já por eles rejeitadas ou modificadas.

Mas, quaisquer que sejam as novas leis que venham a ser dadas à França, o legislador não deve deixar de se acautelar contra os efeitos da retroatividade e contra os inconvenientes do ponto de encontro das novas leis com as leis antigas, para preveni-los tanto quanto possível ou corrigi-los sem ferir a justiça e a equidade.

O projeto de Código que estabelece como princípio *que a lei só dispõe para o futuro e que não possui efeito retroativo* fracassará em diversos casos: por exemplo, relativamente ao curso d'água, cujo uso pelo proprietário ribeirinho não era permitido pelo direito antigo sob o único fundamento de sua utilidade particular, ao passo que o uso exclusivo era legitimamente adquirido por outros proprietários ou possuidores de fábrica. É assim que o antigo proprietário ver-se-ia despojado, em virtude da lei nova, de um direito adquirido há séculos e, depois de haver feito, fiado na lei antiga, construções que se lhe tornariam inúteis após a perda de seu direito.

O tribunal de Montpellier deseja também que o legislador enfim se explique sobre o verdadeiro sentido e sobre o direito que deve ter o decreto de [...] setembro de 1791, que declara não escritas todas as cláusulas inseridas nos atos e que seriam contrárias aos costumes, ou às leis novas, à liberdade religiosa, natural e civil, e à de casar-se ou recasar-se; e a lei de 24 de outubro e 14 de novembro de 1792, que proíbe as substituições para o futuro, abole as que se encontravam então estabelecidas e conserva o efeito daquelas que já estavam abertas àquela época.

Os tribunais pensaram que o legislador não teria vislumbrado os efeitos retroativos dessas duas leis. No entanto, o tribunal de cassação acreditou ver nelas esse vício. O projeto do Código não regula nada a esse respeito. Ora, seria de desejar que o legislador se explicasse a fim de fazer cessar esse conflito e as incertezas que dele resultam.

Aqui, as lacunas decorrentes da ab-rogação das antigas leis, gerais ou particulares, e locais, apresentarão ao engenho do legislador uma série de dificuldades.

Assim, regular as relações, colmatar as lacunas, regularizar os complexos efeitos das antigas e novas leis, suprir o seu silêncio, penetrar a sua obscuridade: tal é a imensa tarefa imposta pelo aperfeiçoamento da grande obra da nova legislação.

É essa tarefa que os redatores do projeto parecem remeter ao arbítrio dos juízes para que a cumpram à medida que façam a aplicação das leis aos casos particulares. E tal seria a jurisprudência que se pretende colocar ao lado do santuário das leis!

Mas que jurisprudência! Não possuindo outra regra senão o arbítrio diante da imensidão dos objetos a serem coordenados com o sistema da nova legislação, que unidade, que concerto se poderia esperar de semelhante jurisprudência, obra de tantos juízes e de tantos tribunais, cuja opinião, abalada pelas convulsões revolucionárias, seria modificada de ainda mais maneiras! Qual seria, enfim, o regulador dessa jurisprudência dispersa, que deveria necessariamente compor-se de decisões não sujeitas à cassação, pois não repousariam sobre a base fixa das leis, mas sobre princípios indeterminados de equidade, sobre usos vagos, sobre ideias lógicas e, para tudo dizer em uma só palavra, sobre o arbítrio!

A um sistema incompleto de legislação será, então, dada como suplemento uma jurisprudência defeituosa.

Para evitá-lo, o legislador poderia voltar o seu olhar à sua própria obra, completá-la tanto quanto possível, e considerar o projeto de Código como as *Institutas do Direito Francês*, à semelhança das Institutas de Justiniano em relação ao Direito Romano. Assim como estas últimas, o projeto de Código conteria os princípios gerais do direito e, por assim dizer, o texto das leis. O comentário, o desenvolvimento e as minúcias de cada matéria deveriam ser objeto, igualmente, de tratados separados, como o são, aproximadamente, no Código e no Digesto do Direito Romano.

Outro método poderia, talvez, conduzir o legislador a um resultado não menos feliz, ainda que com menos esforço, trabalho e abalos. Se a unidade, no sistema legislativo, é de uma utilidade de tal modo evidente que deve ser considerada como um dogma político do qual não é permi-

tido afastar-se, é certo também que a França, tal como é hoje, é um Estado demasiado extenso para que a diferença dos climas não exija alguma diversidade em certas leis, uma vez que a natureza das coisas e a do solo necessariamente as modificam.

Assim, *deixar subsistirem as diferenças locais* em tudo aquilo que elas não colidem com o espírito geral e *reconduzir o restante à uniformidade*: tal parece ser a tarefa do legislador.

Para atingir esse fim, é preciso destruir, ab-rogar todas as leis antigas para tudo recriar? Parece mais simples e natural conservar o antigo sistema, derrogando-o nos pontos que devam ser reconduzidos à unidade e à uniformidade, e sobretudo naqueles que nossa nova situação política exige modificação ou reforma.

Quanto a esses últimos pontos, a obra parece já ter sido levada à sua perfeição no livro primeiro do projeto de Código, sobre o estado das pessoas, e nas diferentes leis promulgadas por nossas assembleias nacionais.

Com relação a outros pontos, sobre os quais devam recair as mudanças e reformas exigidas pela unidade do sistema, parece que não se pode enganar e que eles não se apresentam em grande número. Com efeito, deixando de lado todas as disposições ou princípios de direito natural, chamados *a razão escrita*, cuja equidade evidente se concilia com todos os sistemas legislativos, restariam precisamente apenas os pontos de direito ou as matérias que acima chamamos de *sistemáticas*, porque sua regra reside menos na natureza invariável do que na combinação variável das conveniências particulares e gerais.

De acordo com esse plano, que parece tão simples, as matérias a serem tratadas no novo Código se reduziriam, em linhas gerais, *ao poder paterno e às obrigações dos pais para com os filhos; às tutelas, minoridades e interdições, às sucessões e doações entre vivos ou* causa mortis, *aos direitos dos cônjuges nos contratos de casamento, às hipotecas, às vendas forçadas e à prescrição.*

Todas as outras matérias poderiam, assim, permanecer em seu lugar, tendo sua força no depósito das antigas leis. Essas leis, sejam gerais, sejam particulares ou locais, continuariam a ser executadas como antes em tudo o que não tenham sido derrogadas pela nova lei do Código.

Esse método poderia reunir os dois objetivos de maior importância que o legislador deve ter principalmente em vista: a utilidade geral da

unidade do sistema com as conveniências particulares das localidades. Assim, o contato das leis antigas e novas, em um número infinitamente maior de pontos, facilitaria ainda mais a sua coerência e conexão. Com muito menos esforço, a legislação seria mais completa e a jurisprudência mais segura. A regra não faltaria ao juiz, e a violação das leis teria um corretivo. Em lugar de destruir, não faríamos, por assim dizer, senão reparar, e a mudança pareceria menos uma inovação do que uma conservação daquilo que não é necessário destruir e uma melhoria daquilo que é útil reformar ou modificar.

Tal parece ser o modelo de Código que a situação atual da França reclama. Cremos que ele se encontra traçado por inteiro na máxima recordada no discurso preliminar do projeto, onde se diz: "Que é útil conservar tudo o que não é necessário destruir". De fato, as mudanças nas leis não podem ser demasiado refletidas e não se justificam senão por uma utilidade evidente: *in rebus novis constituendis*, diz a lei romana, tomada dos escritos de Platão, *nas coisas novas que se pretendem instituir, deve a utilidade ser evidente para que se abandone o direito que por longo tempo pareceu equitativo*.

CÍRCULO · JURÍDICO ·
MMXXV